



## **UNIVERSIDAD DE CUENCA**

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**“Impacto jurídico de la Resolución No. 012 – 17- SIN – CC emitida por la Corte  
Constitucional del Ecuador en su primer año de vigencia”**

Trabajo de titulación previo a la obtención  
del Título de Abogado de los Tribunales  
de Justicia de la República y Licenciado  
en Ciencias Políticas y Sociales

AUTOR: Juan Leonardo Orellana Sarmiento

C.I. 010537349-2

DIRECTORA: Dra. María Elena Coello Guerrero

C.I. 010309298-7

CUENCA – ECUADOR

2019



## RESUMEN

En el 2017 la Corte Constitucional del Ecuador emitió la Resolución No. 012-17-SIN-CC, misma que trajo varias modificaciones respecto de las medidas de apremio en materia de alimentos de los niños, niñas y adolescentes. El objetivo de este trabajo de investigación es determinar, a un año de vigencia, cuáles han sido las consecuencias prácticas de estas reformas, y si las mismas protegen o vulneran el interés superior del niño. A fin de alcanzar estos conocimientos, en el desarrollo de esta investigación se estudiarán los aspectos generales del derecho de alimentos, del principio del interés superior del niño, además se realizará un análisis de la Resolución 012 – 17, a fin de llegar a las conclusiones y recomendaciones necesarias.

**Palabras clave:** Derecho de alimentos. Interés superior del niño. Apremio personal. Medidas de apremio.



## ABSTRACT

In 2017, the Constitutional Court of Ecuador issued Resolution No. 012 – 17 – SIN – CC, which brought several changes regarding the enforcement measures in matters of children and adolescent's meal. The objective of this research work is to determine, after a year of validity, what the practical consequences of these reforms have been, and whether they protect or violate the best interests of the child. In order to achieve this knowledge, in the development of this research will study the general aspects of the right to food, the principle of the top interests of the child, moreover an analysis of the Resolution 012 – 17, in order to reach the conclusions and necessary recommendations.

**Key words:** Right of food. Best interest of the child. Personal Constraint. Measures of compulsion.



## ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
DEDICATORIA	9
AGRADECIMIENTO	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I	13
EL DERECHO A ALIMENTOS	13
1.1    Origen	13
1.2    Concepto	15
1.3    La pensión alimenticia como derecho connatural a la relación parento filial	17
1.4    La importancia del derecho de alimentos	18
1.5    Clases de alimentos	19
1.6    Beneficiarios del Derecho de Alimentos	21
1.7    Obligados a prestar alimentos	23
Obligados principales.	23
Obligados subsidiarios.	24
1.8    Efectos de la mora originada por el incumplimiento del pago de obligaciones alimenticias.	25
1.9    Medidas de apremio ante el incumplimiento de las pensiones alimenticias.	27
Apremio Personal.	27
JUAN LEONARDO ORELLANA SARMIENTO	4



Prohibición de Salida del país.	28
Apremio Real.	29
CAPÍTULO II	29
EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	29
2.1 Antecedentes	29
2.2 Concepto	34
2.3 El interés superior del niño en el Ecuador	38
2.4 Reglas de interpretación	40
2.5 Importancia y finalidad	43
CAPITULO III	44
RESOLUCIÓN N°. 012-17-SIN-CC EMITIDA POR LA CORTE	44
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR	44
3.1 Antecedentes	44
3.2 Breve análisis de los casos Acumulados	45
3.3 Regulación del Apremio personal por falta de pago de pensiones alimenticias según la Resolución No. 012-17-SIN-CC emitida por la Corte Constitucional del Ecuador.	51
3.4 Consecuencias prácticas de la Audiencia por Incumplimiento de pago	60
3.5 Colisión de derechos constitucionales: el interés superior del niño vs derechos del alimentante	61
ANÁLISIS ESTADÍSTICO	65
CONCLUSIONES	78
RECOMENDACIONES	80
PROPUESTA EN TORNO AL TEMA	81



BIBLIOGRAFÍA	82
ANEXOS	88



## CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

---

Juan Leonardo Orellana Sarmiento, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación **“Impacto Jurídico de la Resolución No. 012 – 17-SIN – CC emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en su primer año de vigencia”**, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 16 de enero del 2019



---

Juan Leonardo Orellana Sarmiento

C.I: 010537349-2



### CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

---

Juan Leonardo Orellana Sarmiento, autor del trabajo de titulación **“Impacto Jurídico de la Resolución No. 012 – 17- SIN – CC emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en su primer año de vigencia”**, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 16 de enero del 2019



---

Juan Leonardo Orellana Sarmiento

C.I: 010537349-2





## **DEDICATORIA**

Este trabajo de investigación quiero dedicarlo con mucho cariño y amor a mi Dios por no desampararme, protegerme y guiarme por buen camino.

De igual manera a mis queridos y amados abuelitos Carlos Sarmiento y Rosita Chica porque todo lo que soy, los debo a ellos.

Y por último a mi hermosa novia Maritza Benalcázar por toda la paciencia y apoyo incondicional durante todo el desarrollo de este trabajo de investigación.

A todos ellos gracias infinitas.



## **AGRADECIMIENTO**

A mi tutora Dra. María Elena Coello Guerrero por su incondicional apoyo y empeño en la realización de este trabajo de titulación.

Y de la misma manera a la Universidad de Cuenca por haberme formado con principios y valores para el ejercicio profesional en el área de Derecho.



## INTRODUCCIÓN

Las medidas coercitivas establecidas en la legislación ecuatoriana a fin de garantizar el pago de las pensiones alimenticias a los niños, niñas y adolescentes y en algunos casos a las personas menores de veinte y un años, ha sido una cuestión de gran trascendencia, debido a que la misma representa un problema de carácter social y económico tanto para el alimentante como para el alimentado.

Medidas coercitivas como el apremio personal, apremio real y la prohibición de salida del país, que se aplicaban de forma directa tanto para los obligados principales como para los obligados subsidiarios, sin tomar en cuenta sus condiciones personales, como el hecho de ser personas discapacitadas o con enfermedades catastróficas o no tener actividad laboral ni recursos económicos, condiciones que eventualmente pueden repercutir en el cumplimiento de las obligaciones alimenticias. Es por esta razón que la Corte Constitucional del Ecuador, en base a diferentes demandas de inconstitucionalidad, previamente presentadas, emite la Resolución 012 – 17, en donde se modifica la aplicación de las medidas coercitivas para los alimentantes.

A un año de vigencia de esta resolución, se realiza el presente trabajo de investigación a fin de evaluar y determinar cuáles han sido las consecuencias prácticas de las reformas aplicables según la Resolución 012-17, y si las mismas protegen o vulneran el interés superior del niño. Para dar cumplimiento a los objetivos propuestos, esta investigación se encuentra estructurada en tres capítulos, distribuidos de la siguiente forma:

El primer capítulo, que tiene un fin introductorio en donde se analizarán los aspectos generales del derecho a alimentos, como su importancia, clases, beneficiarios; también se



analizará los efectos de la mora frente al incumplimiento de las obligaciones alimenticias y las respectivas medidas de apremio aplicables.

El segundo capítulo, contiene un análisis del principio del interés superior del niño, abarcando temas como su importancia, finalidad y reglas para su interpretación.

El último capítulo, en donde se realiza un somero análisis de la Resolución 012 – 17, partiendo de las consideraciones generales, los diferentes casos acumulados, la regulación del apremio personal; se analiza también la colisión de los derechos constitucionales, el interés superior del niño frente a los derechos de los alimentantes, para concluir con una innovadora propuesta en torno al tema.



## CAPÍTULO I

### EL DERECHO A ALIMENTOS

#### 1.1 Origen

Se sostiene que el derecho de alimentos tiene un origen muy antiguo, sin embargo, hasta la fecha, no se ha logrado determinar con exactitud, el tiempo y el lugar de su origen.

Podemos encontrar en legislaciones orientales, tan antiguas, como el Dharma Shastra o el Código de Manú, antecedentes que nos indican, ya, la existencia de este derecho, así en el libro Tercero, Título: “Del matrimonio – deberes del jefe de familia” ya se reguló el derecho del núcleo familiar a ser sostenido y alimentado por el jefe de familia.

En las familias romanas, el *pater familias* tenía un poder absoluto sobre los miembros que integraban las mismas, así, la obligación del padre de prestar alimentos a los hijos, emanaba de la patria potestad, razón por la cual los jueces romanos sólo admitían la solicitud de alimentos para aquellos que se encontraban sometidos a la patria potestad. Los romanos entendían esta prestación de alimentos como una especie de obligación natural, la misma que implicaba socorrer a los parientes que se encontraban en situaciones de necesidad. Como sostiene De Ruggiero (1923): “la obligación alimentista se funda en razones de alto nivel moral e impuestas por una ley natural, un deber moral, que se va transformando en jurídico” (p.87). Esta obligación de prestar alimentos, que en un principio fue moral, con el paso del tiempo se fue transformando en una obligación jurídica, mediante la cual una persona que se encuentre unida a otra mediante una relación parento filial, queda sometida ya sea por testamento, por la ley o por un negocio jurídico, a prestarle alimentos en caso de necesidad.



En la sociedad griega Pérez (1997) señala:

Los padres tenían la obligación de mantener a su familia, los descendientes a sus ascendientes, en este sentido es necesario hacer mención que dado el caso en que el padre no haya dado una buena educación a sus hijos, los inducía a la prostitución y en los casos de ser hijos de una concubina, este derecho se extinguía. Los niños eran considerados como futuros ciudadanos de un Estado Democrático, por tal motivo los educaban y formaban, aquí aparecen las primeras escuelas, las mismas que únicamente eran privilegio de los hijos de los ciudadanos, en consecuencia, se excluía a los hijos de los esclavos, pues, al igual que sus padres, eran considerados como objetos y por tal motivo sin derecho alguno. (p.56)

En el derecho musulmán, en la época preislámica, ya se reconoció también el derecho de alimentos, mismo que implicaba que el marido debía alimentar a su mujer, hijos y ellos a los padres. En el eventual caso que la mujer contraía nuevas nupcias, cesaba este derecho.

En nuestro país, el derecho a alimentos ha sufrido a lo largo de la historia grandes cambios, podemos comenzar haciendo referencia al primer Código de Menores, a través del cual se implementaron los primeros Tribunales de Menores, Cortes de Menores, y más organismos que trabajaban en beneficio de niños, niñas y adolescentes. Podemos hacer referencia, además, a la Constitución de 1998, en donde ya se empieza a hablar del principio del interés superior del niño, se establece de igual forma que los menores de dieciocho años, se someterán a la Legislación de Menores, a una administración de justicia especializada, con esto se siembran las bases para el nacimiento del Código de la Niñez y Adolescencia del 2003, mismo que señala su finalidad en el Art. 1 al establecer que: “Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la



familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.”

Podemos encontrar, en este artículo el sustento de la naturaleza jurídica del derecho de alimentos, ya que el Estado ecuatoriano, a partir de la promulgación de este Código, cuenta con capacidad para hacer valer de manera eficaz, correcta y garantista dicho derecho.

En efecto, como se analizará más adelante, el derecho de alimentos, se encuentra regulado tanto en el Código Civil como en el Código de la Niñez y Adolescencia, en este último se identifica de manera clara la protección a los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria.

## **1.2 Concepto**

El Dr. Larrea Holguín (1968) manifiesta que: “Los alimentos son las asistencias que se dan a alguna persona para su manutención y subsistencia, esto es para comida, bebida, vestimenta, habitación y recuperación de la salud” (p. 590).

Guillermo Cabanellas, (1998) por su parte sostiene que:

El derecho de alimentos, consiste en las asistencias que por ley, contrato o testamento se dan a algunas personas para su manutención y subsistencia, esto es para comida,



bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentado es menor de edad. (p.31)

Louis Joserand (1950), indica que: “los alimentos son el deber impuesto jurídicamente a una persona para asegurar la subsistencia de otro” (p. 15).

El diccionario Omeba (1986) establece que: “el derecho de alimentos, jurídicamente comprende todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otro por ley, declaración judicial, o convenio, para atender su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción” (p.125).

El Código de la Niñez y Adolescencia, reformado, en el Art. 2 establece de igual forma, que: “el derecho de alimentos es connatural a la relación parento filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios, que incluye:

1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente
2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;
3. Educación;
4. Cuidado;
5. Vestuario;
6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos
7. Transporte
8. Cultura, recreación y deporte; y,
9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.”





De estos conceptos, se deduce que los alimentos son auxilios económicos, que una persona provee a otra que se encuentra necesitada, a fin de que tenga lo necesario para su subsistencia. Sin embargo, es necesario tomar en consideración que por alimentos, no se debe entender solamente a la comida propiamente dicha, sino tiene un alcance mucho más amplio. Este derecho puede nacer por la ley, por una donación o por el testamento.

### **1.3 La pensión alimenticia como derecho connatural a la relación parento filial**

El fundamento del derecho de alimentos se encuentra en la existencia de un vínculo de consanguinidad que une al alimentante con el alimentado, de ahí que en primer lugar este derecho nace como una obligación moral del alimentante; sin embargo es la ley la que hace exigible esta obligación y la convierte en un derecho positivo.

Así, el Art. Innumerado 2 del Código de la Niñez y Adolescencia, señala que el derecho de alimentos es connatural a la relación parento-filial, de lo cual se desprende que la obligación primigenia de los padres consiste en procurar a los hijos su supervivencia y de manera general una vida digna. Esto implica, en otras palabras, que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que su desarrollo sea en un entorno familiar y social, sano, mismo que abarque la cobertura de sus necesidades básicas como son la recreación, la salud, la educación, etc.; además de sus necesidades afectivas y sociales.

Cuando una pareja se encuentra unida, ya sea por vínculo matrimonial o unión de hecho, asegurar estas necesidades a sus hijos se vuelve parte del día a día, se convierte en el motor de impulso de las actividades económicas de los padres, pero en el caso de una separación de la pareja, esto cambia, la realidad de la familia y sus necesidades se modifican.

De ahí que el legislador busca que estos derechos y deberes entre padres e hijos no se extingan por el hecho de una separación familiar, así, el rol que cumplen los progenitores en la vida de niños, niñas y adolescentes se concreta en varias instituciones jurídicas que son consideradas como las garantías civiles de estos derechos-deberes que se establecen entre los progenitores y sus hijos e hijas, podemos referirnos de esta manera a la filiación, el parentesco, la patria potestad, los alimentos, la tenencia, las visitas, etc.

#### **1.4 La importancia del derecho de alimentos**

El derecho de alimentos, tiene una protección con rango internacional, ya que la alimentación forma parte de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos por la comunidad internacional, de esta forma el derecho de alimentos se encuentra garantizado de forma genérica en el Art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando se establece que: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Y de forma específica se regula este derecho en el Art. 25 del mismo instrumento internacional, mismo que afirma: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”

De esta forma, podemos entender al derecho de alimentos como un derecho fundamental de las personas, ya que el mismo es necesario para que se pueda llevar una vida activa, saludable y que esta tenga una proyección al futuro. La importancia del



derecho a los alimentos, podemos encontrarla, entonces, en su propia naturaleza, ya que este derecho busca, de manera general, garantizar una vida digna a aquellas personas, a quienes por mandato legal, se deben alimentos; de esta manera se busca socorrer a una persona que se encuentre en estado de necesidad.

### **1.5 Clases de alimentos**

Los alimentos se clasifican en voluntarios y legales; los primeros encuentran su fuente en el acuerdo entre las partes o en una decisión unilateral de la persona que los brinda. Así mismo, la cuantía, duración y forma, se determinan por esa misma voluntad que los originó.

Estos se clasifican en:

- Los que se otorgan por acto testamentario
- Los que se otorgan por donación entre vivos.

En cuanto que los legales, encuentran su fuente en la ley; estos se clasifican a su vez en congruos o necesarios, conforme lo establece el Art. 351 del Código Civil, los alimentos congruos, son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social. Y necesarios, los que le dan, lo que basta para sustentar la vida.

Los alimentos congruos tienen una significativa variable y es relativa de persona a persona, sin embargo, cabe indicar que lo que es congruo para una persona de escasos recursos para sobrevivir, no sería congruo para otra persona con una mejor posición económica. El Art. 352 del Código Civil, indica que se deben alimentos congruos: al cónyuge, a los hijos, a los descendientes, a los padres y al que hizo una donación cuantiosa.



Respecto de estos alimentos, deberíamos preguntarnos, como señala Simón Zabala (1979): “¿Que pasaría, en el caso de un individuo, acostumbrado a vivir en un nivel económico alto, si la persona obligada a darle alimentos, hubiese caído en desgracia?”. (p.67) Hubiera sido suficiente, con establecer que los mismos permiten al alimentado vivir modestamente.

En cuanto a los alimentos necesarios, conforme se desprende de la redacción del Código, se establece un límite para el alimentante, puesto que sin importar la condición económica que tenga, deberá proporcionarle al alimentado lo básico para que pueda subsistir.

Es necesario, además, hacer referencia a que los alimentos pueden ser: provisionales o definitivos; y devengados o futuros.

- Los alimentos provisionales, son aquellos señalados por el Juez, cuando, dentro del proceso existe un fundamento razonable que justifique la existencia del derecho. Estos buscan satisfacer las necesidades del reclamante mientras dura el juicio. Conforme lo establece el Art. 9 del Título V del Código de la Niñez y Adolescencia: “Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla.”
- Los alimentos definitivos, son aquellos que se establecen mediante auto resolutorio al término del proceso, teniendo en cuenta que su cuantía puede



modificarse en atención a las circunstancias económicas del alimentante o alimentado.

- Los alimentos devengados, se refieren a un periodo que ya ha transcurrido; en tanto que los alimentos futuros, se refieren a un periodo de tiempo que aún no llega. Esta clasificación es importante tomando en cuenta que la transacción, cesión, etc., solo cabe respecto de los alimentos devengados.

## **1.6 Beneficiarios del Derecho de Alimentos**

El Código Civil, enumera de forma taxativa las personas beneficiarias de este derecho así, el Art. 349 indica:

“Se deben alimentos:

1o.- Al cónyuge;

2o.- A los hijos;

3o.- A los descendientes;

4o.- A los padres;

5o.- A los ascendientes;

6o.- A los hermanos; y,

7o.- Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada”

Es necesario tener en consideración que, una de estas personas puede reunir varios de los títulos señalados, para pedir alimentos de distintas personas, tal sería el caso de la mujer que puede solicitarlos a su cónyuge, a sus hijos, padres, etc. En este caso existe un orden de prioridad para reclamar los alimentos, así el Art. 354 del Código Civil establece el orden de jerarquía entre los deudores de alimentos, al expresar que, el que tenga varios



títulos de los enumerados en el Art. 349 del mismo cuerpo legal sólo podrá hacer uso de uno de ellos, prefiriendo, en primer lugar, al que tenga según los numerales 1°. y 7°.

En segundo lugar, al que tenga según los numerales 4°. y 5°, se hace referencia a los padres y a los ascendientes.

En tercer lugar, el de los numerales 2°. y 3°, se hace referencia a los hijos y a los descendientes.

El del numeral 6°. no tendrá lugar sino a falta de todos los demás, es decir, a los hermanos.

Entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de próximo grado. Sólo en caso de insuficiencia de título preferente, podrá recurrirse a otros.

En materia especializada, el Art. 4 del Título V del Código de la Niñez y Adolescencia señala que: “Tienen derecho a reclamar alimentos:

1. Las niñas, niños y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de éste derecho de conformidad con la presente norma;
2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes; y,
3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse”

Así mismo, el Art. 148 del mismo Código señala: “La mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación, salud, vestuario, vivienda, atención del parto, puerperio, y durante el período de lactancia por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija; si la criatura muere en el vientre materno, o el niño o niña fallece luego del parto, la protección a la madre subsistirá hasta por un periodo no mayor a doce meses contados desde que se produjo la muerte fetal o del niño o niña.”

Teniendo en consideración que los alimentos pueden ser voluntarios, los beneficiarios además serían las personas a las que se realizó una donación y también aquellos que se han favorecido con una asignación testamentaria; respecto de este tema, el Art. 365 del Código Civil establece, de manera lógica, que las normas sobre el título de alimentos, no rigen para esta clase, ya que señala que sobre esto se estará la voluntad del testador o donante, en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo.

## **1.7 Obligados a prestar alimentos**

### **Obligados principales.**

En nuestro país, conforme lo establece el Art. 5 del Título V del Código de la Niñez y Adolescencia: “Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad”.

En caso de que los progenitores residan en el exterior, los jueces acudirán a los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, esto con la finalidad de asegurar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que se dispondrá de todas las medidas necesarias para asegurar el cobro efectivo de la pensión.



Estas normas encuentran su fundamento en criterios de orden moral y ético, ya que se fomenta la existencia de una maternidad y paternidad responsable, de allí que de manera primigenia les corresponde a los padres alimentar a sus hijos, aun cuando la patria potestad se encuentre afectada de alguna manera, ya que esta circunstancia no es excusa para incumplir dicha obligación, puesto que la misma puede restituirse.

### **Obligados subsidiarios.**

La obligación que tienen otros parientes de satisfacer los alimentos, no es de reciente data, tampoco fue introducida por la Ley Reformatoria del 2009; ya en 1992 el Código de Menores, manifestaba que los ascendientes, hermanos y tíos estaban obligados subsidiariamente a prestar alimentos; por otra parte el Código de la Niñez y Adolescencia, con un orden distinto, indicaba en el Art. 129 que los obligados subsidiarios eran los hermanos, abuelos y tíos.

En la actualidad, el Art. 5 del Título V del Código de la Niñez y Adolescencia, en el párrafo segundo, indica que en caso de ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, el pago de los alimentos deberá ser cumplido por los obligados subsidiarios que son, en su orden: abuelos, hermanos/as que hayan cumplido 21 años y a los tíos/as.

Señala además que: “la autoridad competente, en base al orden previsto en los numerales precedentes, en los grados de parentesco señalados, de modo simultáneo y con base en sus recursos, regulará la proporción en la que dichos parientes proveerán la pensión alimenticia, hasta completar el monto total de la pensión fijada o asumirla en su totalidad, según el caso”. Así mismo, se da la oportunidad a los parientes que hubieran





satisfecho la deuda, a que puedan ejercer la acción de repetición en contra del padre o madre.

Es necesario recordar que, a fin de que prospere la demanda en contra de los obligados subsidiarios, se requiere comprobar los hechos respecto del obligado principal que le impiden cumplir con su obligación ya sea ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad. Respecto de este particular Farith Simón (2008) indica:

La obligación se transfiere o se comparte con el siguiente grupo cuando se da alguna de las condiciones señaladas en la norma: falta (entendida como ausencia temporal o definitiva de la persona obligada); impedimento (debe entenderse que es un impedimento de hecho, por ejemplo una enfermedad por la que no pueda asumir la obligación, la privación de la libertad, o un impedimento legal como la interdicción por demencia, etc.); e insuficiencia de recursos (que no permita cubrir las necesidades del niño, niña o adolescente).

Dicha comprobación debe ser al momento en el que se presenta la demanda, caso contrario la misma será archivada. Además, en el formulario se debe solicitar la citación a los obligados subsidiarios, a fin de que ejerzan el derecho a la defensa que les asiste.

### **1.8 Efectos de la mora originada por el incumplimiento del pago de obligaciones alimenticias.**

Para empezar a abordar este ítem, empezaremos por definir el concepto de mora en el ámbito jurídico, según Guías jurídicas (2015) el mismo consiste en:

En el retraso, dilación o tardanza en el cumplimiento de la obligación, por lo común, la de pagar una cantidad económica, líquida y vencida. No obstante, en sentido más



concreto, se identifica con el retardo culpable, que da lugar a la correspondiente indemnización, pero que no impide la posibilidad del cumplimiento tardío de la obligación.

Por su parte Yanbay (2015) acota que el deudor se encuentra en mora cuando:

No ha cumplido la obligación dentro del plazo establecido, salvo que la ley o el acuerdo exijan que el alimentante deba requerir primero al deudor el cumplimiento para constituirlo en mora. Cuando la deuda debió ser cancelada dentro de un plazo de cierto tiempo. Por haberse señalado un cierto tiempo para cumplirla y el deudor lo ha dejado pasar sin ejecutarla. La causa del retraso debe ser atribuida a la acción u omisión voluntaria o negligente del deudor, sin concurrir mora del acreedor (p.55).

El Código de la Niñez y Adolescencia, en su Art. 20 manifiesta que: “En caso de incumplimiento en el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, el Juez/a dispondrá la prohibición de salida del país del deudor/a y su incorporación en el registro de deudores que el Consejo de la Judicatura establecerá para el efecto. El registro de deudores de la jurisdicción que corresponda, se publicará en la página Web del Consejo de la Judicatura y este a su vez remitirá el listado a la Superintendencia de Bancos y Seguros para la incorporación de los deudores en el Sistema de Registro o Central de Riesgos. Una vez cancelada la obligación el juez dispondrá tanto al Consejo de la Judicatura como a la Superintendencia de Bancos la eliminación del registro.”

Cuando el alimentante no paga lo adeudado, será privado de su libertad 30 días y posteriormente recupera su libertad, de esta manera se ve obligado a cumplir con sus obligaciones.

Quienes se encuentren atrasados en el pago de dos o más pensiones alimenticias, sean éstas consecutivas o no, estarán sujetas a consecuencias e inhabilidades:



#### Consecuencias

- Apremio real
- Apremio personal
- Prohibición de salida del país
- Serán registrados en la página web del Consejo de la Judicatura y en la Central de Riesgos.

#### Inhabilidades

- No podrán ser candidatos a cualquier dignidad de elección popular.
- No podrán ser designados para ocupar cargo público.
- No podrán vender o transferir bienes muebles o inmuebles.
- No podrá prestar garantías hipotecarias o prendarias.

Como observamos, con estas medidas, se ejerce coerción sobre el sujeto, con la finalidad de efectivizar la recaudación de la pensión fijada.

### **1.9 Medidas de apremio ante el incumplimiento de las pensiones alimenticias.**

En el Ecuador aún no se ha tipificado el incumplimiento del pago de pensiones de alimentos como delito o infracción penal, sin embargo como medidas para asegurar el pago de estas pensiones podemos mencionar el apremio personal, apremio real y la prohibición de salida del país.

El Art. 134 del COGEP define al apremio como: “medidas coercitivas que aplican las o los juzgadores para que sus decisiones sean cumplidas por las personas que no las observen voluntariamente dentro de los términos previstos. Las medidas de apremio deben ser idóneas, necesarias y proporcionales.”

#### **Apremio Personal.**



El Código de la Niñez y Adolescencia, establece que el apremio personal será ejecutado en contra del padre o la madre que se encuentre en mora de dos o más pensiones alimenticias, este tipo de apremio personal será de 30 días, tiempo que irá en aumento de 60 y 180 días máximo, en caso de que el alimentante reincida en el incumplimiento.

Es necesario tener en consideración que en virtud de la Resolución 012 – 17 emitida por la Corte Constitucional ante la falta de pago de dos o más pensiones se convocará a una audiencia por incumplimiento en la cual se tratarán las medidas de apremio aplicables según el caso concreto y no se discutirá sobre el monto de las pensiones adeudadas.

Esta medida de apremio, ha sido duramente criticada, varios autores sostienen que se atenta contra la libertad de un individuo por cuestiones de deudas económicas, y por otro lado, que no se puede garantizar los alimentos si el demandado se encuentra privado de su libertad, esto además limita el ejercicio de sus derechos y se contradice con la Constitución, la cual en su Art. 66, numeral 29, literal c, establece que no existe privación de la libertad por deudas, sin embargo consideramos que esta es la única medida aplicable a fin de que prevalezca el interés superior del niño y de esta manera se puedan garantizar plenamente sus derechos, además que no se llegaría a esta situación si el alimentante cumpliera con su obligación eficazmente.

Cabe recalcar, que, para que el alimentante pueda recuperar la libertad, el juez ordenará la liquidación de los valores adeudados, mismos que podrán ser cancelados mediante pago en efectivo o cheque certificado, cumplido esto ordenara la libertad inmediata del alimentante.

### **Prohibición de Salida del país.**



Como manifiesta el Art. Innumerado 25 del Código de la Niñez y Adolescencia, la prohibición de salida del país, es una medida aplicable únicamente respecto de los obligados principales, ya que, como establece la Resolución 012-17 CC, por el grado de responsabilidad cabe sólo respecto de ellos.

Dicha medida, será decretada, con el auto de calificación de la demanda, sin que exista previa notificación, además se oficiará de manera inmediata a la Dirección Nacional de Migración, con el objetivo de que el alimentante no pueda salir del país y que con esto incumpla su obligación.

### **Apremio Real.**

Con la finalidad de asegurar, el cumplimiento de las pensiones alimenticias, el Código de la Niñez y Adolescencia, establece en su Art. 26 que: “El Juez/a podrá decretar cualquiera de los apremios reales contemplados en el Código Orgánico General de Procesos”

Esto es el embargo y el remate de los bienes que posea el alimentante, con el fin de cumplir los valores adeudados, con sus respectivos intereses, aplicando la tabla del Banco Central del Ecuador.

## **CAPÍTULO II**

### **EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

#### **2.1 Antecedentes**



Los primeros esbozos de protección al niño lo podemos encontrar en diversos tratados internacionales.

Así, en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, de 1924 se reconoce que: “la humanidad debe al niño lo mejor que esta puede darle”.

De igual forma, la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoció implícitamente los Derechos de los Niños en su Art. 25 párrafo segundo indica que: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Con el afán de conseguir una inmediata Protección de los Derechos de los Niños en la segunda declaración de los Derechos del Niño de 1959 se establece que: “el interés superior del niño, debe ser una consideración determinante”. Cabe recalcar su carácter no era vinculante.

El interés superior del niño y otros principios de suma importancia como el de igualdad y no discriminación, prioridad absoluta, toman preponderancia a nivel mundial, con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) suscrito en las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York en 1989, también conocida como la Carta Magna de la Infancia y de la Adolescencia, esta Convención, generó un cambio radical en la manera de pensar respecto al niño, instaurando lo que se conoce como la Doctrina de la Protección Integral y a través de ella se sepulta de manera contundente a la Doctrina de la Situación Irregular que regía hasta ese entonces.

Recordemos ciertas características de estas teorías:

Doctrina de la situación irregular:

- Se considera al menor como un problema por vencer.



- Los menores son objeto del derecho; su incapacidad natural, lo convierte en un ser digno de compasión o represión si viola ley penal.
- Indistinción entre abandonados moral o materialmente, infractores de la ley penal, e incluso los de deficiencia física o moral.
- Facultad discrecional de la magistratura especializada, para la declaración de abandono moral o material.
- Legislación represiva.
- Carencia de políticas sociales a favor de los infantes.

(AGUILAR LLANO, 1998, pág. 5)

#### Doctrina de la Protección Integral:

- Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes basadas en esta doctrina se proponen como un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no sólo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles.
- Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica y por ello no sólo se prevé la presencia obligatoria de abogado, sino que además, se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público.
- Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión.



- Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad arbitrariedad por el binomio severidad justicia.
- Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión de delitos o contravenciones debidamente comprobadas.
- Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos.
- Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del derecho contenidos en la Convención.
- Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la “internación” o la “ubicación institucional”, según consta en la Reglas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad.

(GARAY MOLINA, 2004)

En la Doctrina de la Situación Irregular, al niño se lo veía como mero objeto de protección de la ley, coartándole cualquier derecho a expresar su opinión respecto a sus necesidades o sentimientos. Dadas las diversas críticas a esta doctrina, en 1989 se promueve una Doctrina de Protección Integral, en donde los niños, niñas y adolescentes son considerados como sujetos plenos de derechos, se reconoce la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes y se les garantiza su dignidad, como sostiene Emilio García (1994):

La Doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, involucra al universo total de la población infantil-juvenil. Esta doctrina incluye todos los derechos





individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia. (García, 1994, pág. 11)

Es necesario tener en consideración, para efectos de nuestro análisis, que la CIDN establece en su primer artículo: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo, que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” Sin embargo, reconociendo la diferenciación etaria de este grupo, nuestro Código de la Niñez y Adolescencia opta por diferenciar entre “niños y adolescentes”, así el Art. 4 establece que: “Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”.

Continuando con nuestro estudio, a partir de la promulgación de la CIDN, el interés superior del niño, adquiere una consideración primordial, cuando se toman decisiones que conciernen a los niños, además, tiene la función de guía para la interpretación del resto del articulado de la Convención.

La CIDN marca un hito trascendental en la calidad de vida de todos los niños al transformar las necesidades de los niños, niñas y adolescentes en derechos exigibles, porque antes de la proclamación de esta Convención, es decir, en la Doctrina de la Situación Irregular solo tenían necesidades a ser alimentados, educados, a recibir medicamentos, etc.; si no se cumplían con estas necesidades no pasaba absolutamente nada, no había consecuencias jurídicas, porque no se les reconocía ningún derecho a su favor, mientras que en 1989 con la vigencia de la Doctrina de la Protección Integral se



ocasionó un cambio radical, porque en este modelo se les otorga todos los derechos a todos los niños, en caso de su inobservancia se puede exigir su cumplimiento a través de las instancias judiciales y administrativas dotándoles de un trato prioritario, igualdad de condiciones, prevaleciendo sus derechos sobre los derechos de terceras personas cuando se encuentren en conflicto.

Es necesario hacer referencia a que la CIDN, es el único tratado internacional coercitivo y vinculante respecto de los niños. Como nos indica Cillero Bruñol (2013): “Desde la vigencia de la Convención el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable realizado por una autoridad progresista o benevolente, y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad” (p.9).

Es así, que los Estados que han ratificado este tratado, se comprometen a poner en práctica los principios del mismo dentro de sus fronteras, lo cual implica un proceso de adecuación de la normativa interna y adopción de diferentes medidas tendientes a dar cumplimiento a dicho principio; además, estos Estados, aceptan la competencia del Comité de los Derechos del Niño, a fin de que examine la legislación y las prácticas judiciales, vigilando que se respete el contenido de la Convención.

En conclusión, vemos cómo, a través de la CIDN, se pasa de la enunciación del principio a la aplicación en la práctica diaria.

## **2.2 Concepto**

La CIDN, en su Art. 3.1 establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las



autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

Es importante mencionar que, si bien la CIDN obliga a las autoridades a que las medidas que conciernen a los niños sean tomadas teniendo en consideración su interés superior, la CIDN no define su concepto, además se abstiene de determinar su naturaleza jurídica y la forma como debe aplicarse. Partiendo de este contexto y a fin de llenar estos vacíos, es conveniente recurrir a la doctrina, quienes en base de la Convención han formulado diversos criterios.

Zermattein (2003), en su obra *El interés Superior del Niño Del Análisis literal al Alcance Filosófico* indica lo siguiente:

El interés superior del niño, es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia. (p.15)

Así mismo, Alfonso Pérez (1997), indica que:

El interés del menor debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. (p.24)

En este mismo sentido Cillero Bruñol (2008), manifiesta que:



El principio, es una garantía ya que toda decisión que concierne al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres, además ilumina la conciencia del Juez o la autoridad para que tome la decisión correcta. (p.141)

Como sostiene Calvo & Carrascosa (2011):

Hoy en día se traduce el interés superior de los niños y niñas en una visión infantocéntrica, lo cual implica que a todo niño, niña o adolescente debe protegerse con preferencia sobre cualquier otro sujeto implicado, como pueden ser su propio padre o madre, terceras personas o la administración pública; por ello, se dice que el interés del sujeto menor prevalece sobre los intereses de otros sujetos, los cuales pasan a segundo plano, razón por lo cual la visión infantocéntrica prima sobre cualquier otra consideración estado y paternocéntrica<sup>1</sup>. (p. 354)

De igual forma Fernando Albán (2012) sostiene que:

El interés del menor de edad, prima sobre cualquier otro que se anteponga. Esta norma imperativa tiene que ser observada en el ámbito administrativo y judicial. Autoridades administrativas que tengan a su cargo la responsabilidad de ciertas políticas relacionadas con niños, niñas y adolescentes no pueden soslayar el postulado de interés prevalente porque es el norte de su accionar. Del mismo modo los juzgadores en todas

---

<sup>1</sup> La resolución de la Sala constitucional de Costa Rica, indica que la visión infantocéntrica “establece que los derechos de las personas menores de edad priman sobre las pretensiones tanto de los progenitores respecto de los derechos para con sus hijos, como de consideraciones estatales”. Exp. 2011-12458 de fecha 13 de septiembre de 2011. En igual sentido la resolución de la Sala de Cámara primera de Apelación en lo Civil de la República de Argentina, indica que es “la priorización de los derechos e intereses del menor por sobre toda otra razón de orden familiar”. Exp. 33,648 de fecha 18 de agosto de 2000



las resoluciones emitidas deberán siempre velar porque impere el interés superior del menor. (p. 31)

Teniendo en consideración la variedad de criterios emitidos por la doctrina y la ausencia de una definición clara por parte de la CIDN, el Comité sobre los Derechos del Niño en el 2013, emitió la Observación General No. 14 sobre “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, en la misma reconoce que el ISN engloba un triple concepto:

- Como derecho sustantivo, se refiere al derecho que tiene el niño a que su interés superior, sea una consideración primordial, que el mismo sea evaluado y se tenga presente a efectos de tomar una decisión.
- Como principio jurídico interpretativo, cuando una disposición admita más de una interpretación, se elegirá aquella que esté más adecuada al interés superior del niño.
- Como norma de procedimiento, cuando se vaya a tomar una decisión en donde se encuentre involucrado un niño, el proceso de toma de decisiones debe contar con una estimación de los beneficios o perjuicios que la misma puede ocasionar, es decir, debe existir un procedimiento mediante el cual se determine cuál es su interés superior. Es decir, alcanzar el interés superior, considerar el interés superior y procesar a partir del interés superior serían los tres niveles de la acción.

Además, que se ha tomado en consideración este principio, así, los Estados deben explicar cómo se ha respetado este derecho, los criterios en los que se han basado para tomar la decisión, se han ponderado los intereses del niño frente a los demás, etc.



El ISN comprende entonces una protección integral de los niños, niñas y adolescentes sobre cualquier otro sujeto, ya sea este su padre, madre, terceros o inclusive la administración pública. El contenido esencial del ISN, se encuentra en el hecho de que los niños pueden proteger y garantizar la vigencia de sus derechos fundamentales frente a los derechos de terceras personas a efectos de propiciar el libre desarrollo de su personalidad. Como sostiene Gonzalo Aguilar (2008) lo que se busca es que el Juez pueda establecer lo mejor para el niño o niña en cada caso concreto; de esta forma se garantiza que prevalezca sobre cualquier otra circunstancia sobre la que se tenga que decidir.

### **2.3 El interés superior del niño en el Ecuador**

El ISN tiene como objetivo principal proteger las garantías fundamentales de la infancia, es por esta razón que la CIDN es el instrumento internacional mayormente ratificado a nivel mundial a excepción de Estados Unidos y Sudán del Sur; existen diversas razones por la que Estados Unidos no ratifica la Convención, por ejemplo, por razones de soberanía, ya que existen desafíos domésticos de implementación y además existen otros instrumentos de derechos humanos que son de mayor prioridad para la administración de ese país, como indica el diario BBC Mundo, “La decisión del gobierno de no ratificar el documento alimenta una tendencia según la cual Estados Unidos es reacio a adoptar tratados de derechos humanos. En muchos casos participa activamente en su elaboración, pero luego duda en las últimas instancias, como lo explica Jonathan Todres, profesor de la Universidad Estatal de Georgia especializado en derechos infantiles”.<sup>2</sup> Además, por el reconocimiento de derechos sociales y culturales,

---

<sup>2</sup> Por qué EE.UU. se niega a ratificar la Convención de los Derechos del Niño.  
[https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/11/131108\\_internacional\\_eeuu\\_tratado\\_ninos\\_ratificacion\\_tsb](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/11/131108_internacional_eeuu_tratado_ninos_ratificacion_tsb)



esencialmente el derecho a la salud que afectaría a los seguros privados que existen en ese país; en cuanto que, Sudán del Sur no lo ha realizado por la ola de violencia que vive ese país, lo que ha impedido que cuente con un gobierno estable que tenga interés en ratificar este tratado.

Por su parte, el Estado ecuatoriano firmó la CIDN el 26 de enero de 1990, lo ratificó el 23 de marzo de 1990 y entró en vigencia en el territorio ecuatoriano el 02 de septiembre de 1990.

Nuestro país, ha constitucionalizado este principio de forma directa, así la Constitución de 1998 ya hacía referencia al interés superior del niño, igual situación observamos en la Constitución de 2008, el Art. 44 establece que: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de los niñas, niños y adolescentes; asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”

El Código de Menores de 1992, en su Art. 8, traía una copia casi íntegra del Art. 3 de la CIDN, sin embargo, ya en la segunda parte podíamos observar un texto respecto de la diversidad cultural en la toma de decisiones así: “En todas las medidas que conciernen a menores de edad, sean tomadas por las autoridades administrativas, jurisdiccionales, de las instituciones públicas o privadas o el legislativo, se atenderá primordialmente al interés superior del menor y el respeto a sus derechos. Se deberá tomar en cuenta, al apreciar los hechos, los usos y costumbres propias del medio social y cultural en el que el menor se ha desenvuelto habitualmente, siempre que no estén en oposición a la ley.”

En efecto, en 1992, los administradores de justicia actuaban con una discrecionalidad abusiva, que se daba principalmente por la formulación abierta del principio y es por esta razón que se introducen cambios en el Código de la Niñez y Adolescencia.



Así en el 2003, con la publicación del Código de la Niñez y Adolescencia, se proclama la obligatoriedad y prevalencia de este principio y se precisa lo esencial de su contenido con el objetivo de evitar las deficiencias de interpretación y aplicación por parte de los órganos judiciales que se había dado en la práctica diaria.

De esta forma el Art. 11 del CNA, indica que: “El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.”

Del análisis de estos conceptos vemos que en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en los diferentes tratados internacionales, el interés superior del niño se traduce en una verdadera herramienta de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes frente a los derechos de las demás personas.

## **2.4 Reglas de interpretación**

El interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, es decir, tiene una definición abstracta o genérica, ya que engloba temas que se encuentran en constante





evolución. Es necesario tener en cuenta el carácter difuso de este principio, si bien algunos autores sostienen que precisamente por su amplitud e imprecisión, este principio puede aplicarse en diferentes contextos, tanto culturales, sociales o económicos, su imprecisión ha llevado a que el mismo se aplique con gran discrecionalidad.

A efectos de regular esta situación, la CIDN emitió la Observación General No. 14, donde establece criterios o pasos que se deben seguir para aplicar el interés superior del niño en casos concretos, dicha Observación en el párrafo 46 establece que:

“Al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los pasos que figuran a continuación: En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás. En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho”.

Así se evidencia que existen dos pasos que necesariamente deben seguirse, la evaluación y la determinación.

La evaluación del interés superior: “Consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto.” Es decir obtener la información que uno necesita para la decisión y esa obtención de información significa que uno tiene que escoger la información necesaria para cada caso, a fin de valorar el interés superior del niño. Los elementos necesarios se refieren a las circunstancias de ese niño, como pueden ser la edad, el sexo, la experiencia, el hecho que pertenezca a un grupo minoritario, el tener alguna discapacidad, el contexto social, como puede ser la ausencia de padres, la relación del



niño y su familia, etc. Evidentemente que la singularidad de cada caso obligará a que se tengan en cuenta ciertos elementos sobre otros, influyendo así en la ponderación, que terminará con la determinación del interés superior del niño.

En la misma Observación General No. 14 se establece que por determinación del interés superior: “Se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas que toma como base la evaluación previamente realizada.”

Para facilitar entonces la aplicación del interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño, establece una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica, misma que orienta a los Estados en la toma de decisiones que afecten a los niños.

Dichos elementos son:

- La opinión del niño
- La identidad del niño
- La preservación de la familia
- Cuidado, protección y seguridad del niño
- El derecho a la salud
- El derecho a la educación

Al proponer estos criterios el Comité no distinguió entre evaluación o determinación, por lo que se entiende que los mismos deben aplicarse en ambas etapas; en la evaluación estos elementos deben estar orientados a la búsqueda de los antecedentes del caso concreto y en la determinación a la ponderación de los mismos para tomar una decisión.

Además, cabe mencionar que estos elementos son criterios básicos que tienen que estar presentes en la toma de cualquier decisión, sin perjuicio de la consideración de otros criterios que tengan relación con la situación en conflicto.

Para una correcta evaluación y determinación del interés superior del niño, el Comité señala las siguientes garantías procesales:

- El derecho del niño a expresar su propia opinión
- La determinación de los hechos
- Los profesionales cualificados
- La motivación jurídica
- Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones
- La evaluación del impacto en los derechos del niño

## **2.5 Importancia y finalidad**

Como lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup>, garantizar el interés superior del niño es obligación de todos los Estados, se genera de esta forma una obligación ineludible de proteger, promover y desarrollar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, podríamos decir que el interés superior del niño implica nada más, pero nada menos que la satisfacción integral de todos sus derechos. Así como las condiciones materiales y afectivas que permitan un desarrollo en su máximo grado el bienestar de niños, niñas y adolescentes.

Teniendo en consideración que el interés superior del niño busca de manera primigenia proteger y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a los derechos de las demás personas; y como ya fue objeto de análisis, en el primer capítulo, los niños tienen, entre otros, derecho a alimentos, que como lo establece el Art. Innumerado 2 del CNA, abarca la alimentación, salud, educación, vestimenta, recreación, etc. Es necesario analizar si las modificaciones que se introdujeron mediante la Resolución 012-17 SIN

---

<sup>3</sup> Caso niñas Yean y Bosio vs República Dominicana, de fecha 8 de septiembre de 2005



C.C. protegen o vulneran el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Análisis que se realizará a continuación.

### **CAPITULO III**

#### **RESOLUCIÓN N°. 012-17-SIN-CC EMITIDA POR LA CORTE**

#### **CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

##### **3.1 Antecedentes**

Ante la Corte Constitucional del Ecuador se presentaron, en diferentes momentos, tres demandas de acción pública de inconstitucionalidad de varios artículos, tanto del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), como del Código Orgánico General de Procesos

(COGEP), mismas que fueron acumuladas ya que hacían referencia a normas infra constitucionales que versaban sobre el derecho de alimentos para niños, niñas y adolescentes, que presuntamente vulneraban derechos constitucionales de los obligados a prestar alimentos.

Como se desprende del Art. 436 numeral 2<sup>4</sup> de la Constitución del Ecuador y artículos 74<sup>5</sup> y 75<sup>6</sup> de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), la Corte Constitucional (C.C) es el órgano competente para conocer y resolver estas acciones públicas de inconstitucionalidad que pueden ser por el fondo o por la forma. Es necesario mencionar que la C.C previo a realizar el análisis correspondiente, dispuso que se pronunciaría sobre la constitucionalidad tanto de fondo y forma del COGEP y respecto del CNA únicamente cabría el análisis de fondo.<sup>7</sup>

### 3.2 Breve análisis de los casos Acumulados

---

<sup>4</sup> Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado

<sup>5</sup> Art. 74.- Finalidad.- El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.

<sup>6</sup> Art. 75.- Competencias.- Para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para:

1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de:

a) Enmiendas y reformas constitucionales. b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales. c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley. d) Actos normativos y administrativos con carácter general.

<sup>7</sup> La Corte Constitucional tomando en consideración la disposición transitoria décimo cuarta de la LOGJCC misma establece que: *“Las disposiciones legales de origen parlamentario expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley y sobre cuya constitucionalidad no haya existido pronunciamiento judicial previo, podrán ser demandadas ante la Corte Constitucional únicamente por vicios de fondo.”* Estimo que respecto del CNA únicamente se realizaría un análisis de fondo.



**Caso No. 0026-10-IN.**

Los jueces constitucionales avocaron conocimiento y admitieron a trámite la demanda propuesta por el señor Arturo Zelaya Gamboa, en fecha 14 de mayo del 2010, misma que hacía referencia a la inconstitucionalidad por el fondo de los siguientes artículos del CNA:

Art. Innumerado 5: Obligados a la prestación de alimentos.

Art. Innumerado 10: Pautas para establecer pensión alimenticia a personas cuya filiación no se ha determinado.

Art. Innumerado 15: Tabla de pensiones alimenticias mínimas.

Art. Innumerado 23: Apremio personal a los obligados subsidiarios.

Art. Innumerado 24: Otras medidas cautelares para los obligados subsidiarios.

Art. Innumerado 25: Prohibición de salida del país.

Art. Innumerado 37: Procedimiento para la audiencia única.

Por vulnerar derechos constitucionales consagrados en los siguientes artículos:

- Art. 66 numeral 29 literal c.
- Art. 69 numerales 1, 4 y 5.
- Art. 83, numeral 16.

Mismos que hacen referencia en general al derecho a la libertad, derechos de los integrantes de la familia, y la corresponsabilidad parental.

La pretensión del señor Zelaya Gamboa fue que se declare la inconstitucionalidad de las normas mencionadas anteriormente.

**Caso No. 0031-10-IN.**

En el mismo año en fecha 14 de junio del 2010 el señor Marcel Ramírez Rhor como presidente de la Fundación Padres por Siempre, presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra de la “Ley Reformatoria al Título V Libro II del Código



de la Niñez y Adolescencia” que una vez admitida a trámite se le asignó el número 0031-10-IN y al constatar que guarda relación con el caso No. 0026-10-IN que reposaba en la Sala de Admisión de la Corte Constitucional los jueces constitucionales dispusieron la acumulación de las causas.

En este caso la C.C señala que si bien el accionante presenta su demanda de inconstitucionalidad en contra de toda la “Ley Reformativa al Título V Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia” dentro de sus argumentos hace referencia únicamente a los siguientes artículos:

Art. 6, numeral 1: Legitimación procesal.

Art. 7, inciso primero: Procedencia del derecho sin separación.

Art. 8: Momento desde que se deben la pensión de alimentos.

Art. 9: Fijación provisional de la pensión de alimentos.

Art.10: Obligación del presunto progenitor.

Art. 15: Parámetros para la elaboración de la tabla de pensiones alimenticias.

Art. 23: Apremio personal a los obligados subsidiarios.

Art. 24: Otras medidas cautelares a los obligados subsidiarios.

Art.26: Medidas cautelares reales.

Art. 27: Cesación de los apremios.

Art. 28: Otras inhabilidades.

Art. 29: Aplicación de estas normas en otros juicios.

Art. 30: Obligación privilegiada.

Art. 33: Improcedencia de la acumulación de acciones y reconvención.

Art. 34: Demanda.



Art. 35: Calificación a la demanda y citación, y disposición transitoria segunda, respecto de la competencia de los jueces.

Por lo mismo, la C.C únicamente se refirió a dichos artículos.

### **Caso No. 0052-16-IN.**

Luego de transcurrir 6 años, el señor Javier Donoso Saldarriaga el 4 de agosto del 2016 presentó una acción pública de inconstitucionalidad respecto al primer inciso del Art. 137 del COGEP.

El Pleno del Organismo de la Corte Constitucional en fecha 27 de enero de 2017, decidió acumular estas causas, No. 0026-10-IN, No. 0031-10-IN y No. 0052-16-IN que se ventilaban en el despacho del juez constitucional Francisco Bituña Martínez, a fin de emitir un pronunciamiento único a través de la Resolución No. 012-17- SIN-CC, materia de nuestro estudio.

### **Análisis de la Corte**

Es necesario tener en consideración, que si bien el COGEP, ya derogó los artículos: 22, 23, 27, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 45 de la Ley Reformatoria al CNA; la C.C contemplando el efecto de ultractividad<sup>8</sup> de las normas y de unidad normativa<sup>9</sup> realizó el análisis constitucional de las mismas.

La C.C. a efectos de realizar dicho control, enumera cuatro problemas jurídicos sobre los cuales versará el análisis de esta resolución.

---

<sup>8</sup> La ultractividad de las normas implica que aún cuando las normas están derogadas se sigue produciendo efectos para ciertos casos específicos ya que con esto se busca garantizar la seguridad jurídica de los implicados.

<sup>9</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 76.- Principios y reglas generales.- El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios: 9. Configuración de la unidad normativa.- Se presume la existencia de unidad normativa en los siguientes casos: a) Cuando la disposición acusada o su contenido se encuentran reproducidos en otros textos normativos no demandados.



1. **Prestación de alimentos por los obligados subsidiarios:** del análisis de la C.C se desprende que los artículos 5, 10, 15 y 37 que hacen referencia a la prestación de los alimentos por parte de los obligados subsidiarios, no vulneran los principios constitucionales del Art. 69, numeral 1,4 y 5<sup>10</sup> y Art. 83 numeral 16<sup>11</sup>, por lo mismo se niega la acción de inconstitucionalidad.

Debido a que, si bien los artículos 69 y 83 de la Constitución determinan las obligaciones que tienen los padres, madres y el Estado, esto no implica que ellos sean los únicos llamados a satisfacer las necesidades de los niños; tomando en consideración su importancia y en cuenta a su interés superior, se ha previsto, que se imponga esta obligación a todos quienes tienen cierto nivel de impacto en su desarrollo; como indica el principio de corresponsabilidad<sup>12</sup>, la obligación de los padres se extiende a los demás familiares.

Si bien la Constitución no desconoce que los obligados principales son los padres, en caso de ausencia los llamados a tomar esta responsabilidad son los demás integrantes de la familia. Con todo, para demandar a los obligados subsidiarios se debe demostrar que se han realizado todas las diligencias para

---

<sup>10</sup> Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

<sup>11</sup> Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten

<sup>12</sup> Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.



cobrar la deuda al obligado principal. Además, los obligados subsidiarios cuentan con la acción de repetición en contra del principal, teniendo en cuenta que ellos no son los responsables iniciales de la prestación de alimentos.

## **2. Derecho a la defensa**

Del análisis de la C.C se desprende que los Artículos 8, 9, 10, 26, 28, 29, 30, 33, 34, 35 de la Ley Reformativa al CNA, y los Artículos 10 numeral 10, 146 inciso tercero, 154 inciso final y 332 numeral 3 del COGEP, mismos que se refieren en general a reglas de determinación del derecho a alimentos, atribuciones de la autoridad judicial para aplicar medidas que garanticen el pago de las pensiones alimenticias, así también aspectos específicos del proceso de alimentos, como la reconvención, el procedimiento aplicable, y la característica de obligación privilegiada, no vulneran el derecho a la defensa consagrado como derecho constitucional en el Art. 76 numeral 7 de la Constitución del Ecuador.

Debido a que estas normas tienen por objeto garantizar el cumplimiento eficaz de la prestación de alimentos, por lo mismo no limitan ninguna de las garantías que componen el derecho a la defensa, el alimentante cuenta con el tiempo necesario para preparar su defensa, contar con los servicios de un abogado, presentar pruebas, etc.

Los dos restantes problemas jurídicos que se refieren al apremio personal de prohibición de salida del país y de privación de libertad, serán analizados detalladamente a continuación.

### **3.3 Regulación del Apremio personal por falta de pago de pensiones alimenticias según la Resolución No. 012-17-SIN-CC emitida por la Corte Constitucional del Ecuador.**

#### **Apremio personal de prohibición de salida del país**

El señor Ramírez Rhor, presentó una demanda de inconstitucionalidad de los artículos 24, 25 y 27 de la Ley Reformatoria del CNA, mismos que se refieren al apremio personal de prohibición de salida del país tanto para los obligados principales y subsidiarios, alegando que estas normas vulneran el derecho constitucional a la libertad de tránsito que se encuentra consagrado en Art. 66, numeral 14 de la Constitución del Ecuador, que dispone: “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente”.

Cabe puntualizar que si bien el Art. 27 de la Ley Reformatoria al CNA fue derogado por la disposición derogatoria sexta inciso segundo del COGEP, su contenido fue trasladado de manera literal al Art. 138 de este mismo cuerpo legal, por lo cual es objeto de análisis de la C.C.

#### **Test de Proporcionalidad**

A efectos de solucionar la antinomia existente entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que como se analizó en el capítulo anterior tienen un trato prioritario, es decir, sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas y el derecho a libertad de tránsito de los alimentantes, la C.C considera que no es factible aplicar métodos tradicionales como la especialidad, jerarquía, entre otros, por lo que el método que mejor

se adecua es el test de proporcionalidad<sup>13</sup>, mismo que implica el análisis de tres elementos, a saber: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.

En este caso se va a analizar si el apremio personal de prohibición de salida del país es idóneo, necesario y proporcional, teniendo en consideración que esta medida busca generar presión en el obligado a prestar alimentos, a fin de que los niños cuenten con suficientes recursos económicos para garantizar una vida digna.

### **Idoneidad**

La C.C. considera que este mecanismo es idóneo porque el alimentante, aunque cumpla con todos los requisitos migratorios que exige la ley no puede salir del territorio del país y esto genera presión en la voluntad del obligado principal o subsidiario, a estar al día en las pensiones alimenticias, caso contrario, estaría restringida su libertad ambulatoria.

### **Necesidad**

En cuanto al parámetro de necesidad la C.C. considera que “una norma solamente podrá superar el examen de necesidad si se comprueba que no existe otra medida que, siendo también idónea, sea menos lesiva para los derechos de las personas”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> La C.C tomando en consideración las demandas de inconstitucionalidad presentadas, realiza un test de proporcionalidad, mismo que se encuentra consagrado en el numeral 2 del Art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el cual establece que “*Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional*”

<sup>14</sup> Corte Constitucional del Ecuador, resolución No. 003-14-SIN-CC, caso N.º 0014-13-IN y acumulados N.º 0023-13-IN y N.º 0028-13IN.



Es necesario tener en consideración que si bien la autoridad jurisdiccional a efectos de que el alimentante cumpla con su obligación puede establecer otras medidas de apremio como son las medidas de apremio real, no es menos cierto que dependiendo del caso concreto puede que estas no satisfagan la obligación, puede ser que el alimentante no disponga de bienes o que el valor de estos no cubra lo adeudado, etc.

Y, sabiendo que cuando se generan atrasos en el pago de las pensiones de alimentos se vulneran los derechos de los niños, ya que no obtienen los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, es necesario que los jueces dispongan de todas las medidas de apremio que existan, para aplicar la que mejor se adecue al caso concreto.

En base a lo expuesto la C.C considera que esta medida es necesaria ya que genera presión en el alimentante a efectos de que cumpla su obligación.

### **Proporcionalidad**

Una vez realizado el análisis de idoneidad y necesidad, corresponde conocer si esta medida es proporcional, considerando que se aplica tanto a los obligados principales y subsidiarios sin distinguir el grado de responsabilidad en la prestación de alimentos, ya que los obligados subsidiarios son llamados a cubrir tal prestación de alimentos a favor niñas, niños y adolescentes cuando el obligado principal se encuentra ausente, tenga algún impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad, con la finalidad que los derechos de los alimentados no se vean vulnerados.

En virtud de lo expuesto la C.C. estima necesario una aplicación diferenciada cuando se trata de obligados principales y subsidiarios, si bien la obligación de prestar alimentos para los obligados subsidiarios no es inconstitucional, las medidas que le afectan su libertad de tránsito si lo son.

En efecto, por no cumplir con el elemento de proporcionalidad, el apremio personal de prohibición de salida del país para los obligados subsidiarios es inconstitucional.

Así, la C.C. con base en el Art. 436 numeral 1 y 2<sup>15</sup> de la Constitución del Ecuador y los principios de la permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico, interpretación conforme y declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso consagrados en los numerales 4, 5, 6 respectivamente del Art. 76 de la LOGJCC, declara inconstitucional la frase “la prohibición de salida del país” del Art. 24 de la Ley reformativa al CNA.

El texto de la norma antes referida queda de la siguiente forma “Art 24.- Otras medidas cautelares para los obligados subsidiarios. – Las demás medidas reales previstas en la presente ley, se impondrán a los obligados subsidiarios siempre que hayan sido legalmente citados y bajo prevenciones de ley”

En relación al Art. 25 de la Ley reformativa al CNA, la C.C declaró la constitucionalidad condicionada, es decir, mantiene el mismo texto “Art. 25: Prohibición de salida del país. A petición de parte, en la primera providencia, el juez decretará sin notificación previa, la prohibición de ausentarse del territorio nacional, la que se comunicará de inmediato a la Dirección Nacional de Migración”. Pero la interpretación para considerarse constitucional para este artículo es la siguiente “que la prohibición de salida del país, como medida de apremio personal se dispondrá únicamente respecto a los obligados directos a satisfacer el derecho a alimentos”.

---

<sup>15</sup> Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y resoluciones. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.
2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

Misma declaratoria obtuvo el Art. 27 de la Ley reformativa al CNA reemplazado por el Art. 138 del COGEP, la interpretación se considera constitucional cuando se realice del siguiente modo “Que la cesación de la prohibición de salida del país y de la privación de la libertad, se dispondrá únicamente respecto de los obligados directos a satisfacer el derecho a alimentos, por cuanto son los únicos a los que se les puede imponer medidas de apremio personal”

### **Apremio personal de privación de libertad.**

El señor Javier Donoso Saldarriaga presentó la acción de inconstitucionalidad en contra de los Artículos 23 de la Ley Reformativa al CNA e inciso primero del Art. 137 del COGEP, mismos que tienden regular el apremio personal de privación de libertad para obligados principales.

El legitimado activo sostenía en su acción, que tal medida no cumplía con el fin que se proponía, que es garantizar una vida digna y un desarrollo integral para niñas, niños y adolescentes, por la grave afección que se producía a los derechos constitucionales del alimentante, en especial, en cuanto al derecho al trabajo, ya que al encontrarse detenido 30 días, en caso de reincidencia 60 días y hasta un máximo de 180 días se le impide que pueda generar ingresos a fin de cubrir con su obligación alimenticia, la que ya está en mora y las obligaciones futuras.

### **Test de Proporcionalidad**

A efectos de solucionar la antinomia existente entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que cabe mencionar tienen un trato prioritario, es decir, sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas y el derecho a libertad de los alimentantes, la

C.C, considera de igual forma que no es factible aplicar métodos tradicionales como la especialidad, jerarquía entre otros, por lo que el método que mejor que se adecua es el test de proporcionalidad<sup>16</sup>, mismo que implica el análisis de tres elementos, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad. En este caso se va a analizar si el apremio personal de privación de libertad es idóneo, necesario y proporcional.

### **Idoneidad**

La C.C. verifica que esta medida no supera el principio de idoneidad.

Partiendo de que si bien el Art. 134 del COGEP establece que las medidas de apremio deben ser idóneas, necesarias y proporcionales, en el Art. 137 del mismo cuerpo legal no se establece un margen de valoración a fin de determinar si el apremio personal aplicable es idóneo, necesario o proporcional, así, esta norma obliga a que el juez cuando constate que el alimentante se encuentre en mora en dos o más pensiones alimenticias, emita inmediatamente la boleta de apremio personal, sin tener en consideración las circunstancias en las que el alimentante se encontraba incurso.

Lo cual genera a los progenitores resultados negativos como puede ser el despido de sus trabajos, por la ausencia a sus puestos y a la misma vez que se les limita a conseguir uno, así se vulnera los derechos constitucionales del alimentante y como consecuencia de esto no se ha garantizado el derecho de alimentos a los niños, niñas y adolescentes.

---

<sup>16</sup> La C.C tomando en consideración las demandas de inconstitucionalidad presentadas, realiza un test de proporcionalidad, mismo que se encuentra consagrado en el numeral 2 del Art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el cual establece que “*Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional*”





Si bien el apremio personal de privación de libertad no supera el principio de idoneidad, y por lo mismo no cabría desarrollar un análisis de los principios de necesidad y proporcionalidad, a fin de motivar su decisión la C.C considera pertinente realizarlo.

### **Necesidad**

La privación de la libertad física de una persona como medida coercitiva que garantiza el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes, es innecesaria, porque en el COGEP existen medidas alternativas menos dañosas que permiten sufragar el pago de las pensiones alimenticias, estas son la medida de apremio personal de prohibición de salida el país, apremio real, apremio personal parcial, en los mejores de los casos llegar a un acuerdo de pago previo aprobación del juez.

### **Proporcionalidad**

La privación de libertad como medida de apremio personal previsto en el Art. 137 del COGEP, no es proporcional porque lesiona el derecho a la libertad y consecuentemente por su grado de interdependencia limita el pleno ejercicio de los derechos fundamentales como el derecho a la vida, derecho a la salud, derecho al trabajo, derecho a ejercer actividades económicas obteniendo un resultado negativo en la satisfacción de los niños, niñas y adolescentes.

En ese contexto, esta medida de apremio no compensa el sacrificio de un derecho constitucional como lo es el derecho a la Libertad.

La C.C, a fin de evitar vacíos jurídicos, declara la inconstitucionalidad sustitutiva del Art. 137 hasta que la Asamblea Nacional regule de forma definitiva el asunto, y emite una regulación provisional así:



“Art. 137.- Apremio personal en materia de alimentos. - En caso de que el alimentante incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, la o el juzgador a petición de parte, previa constatación del incumplimiento del pago pecuniario o no pecuniario, dispondrá la prohibición de salida del país y convocará a audiencia que deberá realizarse en un término de diez días conforme a este artículo.

La audiencia tendrá por objeto determinar las medidas de apremio aplicables de acuerdo a las circunstancias del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones, por lo que no se discutirá sobre el monto de las pensiones adeudadas u otros aspectos que no tengan que ver con su objeto. Si el alimentante no compareciere a la audiencia, la o el juzgador aplicará el régimen de apremio personal total.

Si el alimentante no demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con el pago de las pensiones adeudadas a causa de no tener actividad laboral ni recursos económicos; o, ser persona discapacitada, padecer una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales, la o el juzgador dispondrá el apremio total hasta por treinta días; los apremios reales que sean necesarios; prohibición de salida del país; y, el pago por parte de los obligados subsidiarios. En caso de reincidencia el apremio personal total se extenderá por sesenta días más y hasta un máximo de ciento ochenta días.

En el caso que el alimentante demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, la o el juzgador aprobará una propuesta del alimentante en torno a su compromiso de pago para cancelar lo adeudado, precautelando siempre los derechos del alimentado.

En caso de incumplimiento del compromiso de pago, el juzgador dispondrá el apremio parcial, los apremios reales que correspondan y el cumplimiento del pago por parte de los



obligados subsidiarios. De ser necesario, el juez dispondrá de manera motivada el uso de dispositivo de vigilancia electrónica.

El apremio personal parcial consistirá en la privación de la libertad entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente por treinta días, salvo que el alimentante demostrare que realiza actividades económicas o laborales en el horario señalado, en cuyo caso el juzgador determinará el horario aplicable que deberá ser de ocho horas.

En los casos de reincidencia en el incumplimiento del pago o incumplimiento del apremio personal parcial la o el juzgador ordenará el apremio total.

En la misma resolución en la que se ordene el apremio personal parcial o total, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor; así también, en los casos en los que se dicte el uso de dispositivo de vigilancia electrónica, dispondrá su instalación a las entidades competentes.

Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador requerirá la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo, cheque certificado o mediante la verificación de los documentos que justifiquen el pago. Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata y de ser el caso, el retiro del dispositivo de vigilancia electrónica por las entidades competentes.

Similar procedimiento se cumplirá cuando la o el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios.

No cabe apremio personal en contra de las o los obligados subsidiarios ni garantes; o, en contra de personas discapacitadas o que padezcan una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales.”



Previo a solicitar la audiencia de incumplimiento de pago, la parte interesada, en este caso el representante legal del niño, niña o adolescente requerirá la respectiva liquidación para constatar que el alimentante se encuentra en mora, una vez notificados con la liquidación, la autoridad judicial convocará a audiencia de incumplimiento de pago en un término de 10 días (término que no es respetado) donde se determinarán las medidas de apremio a aplicarse.

### **3.4 Consecuencias prácticas de la Audiencia por Incumplimiento de pago**

Recordemos que con la resolución 012-17 emitida por la Corte Constitucional se introdujeron varias modificaciones respecto de las medidas de apremio en materia de alimentos, es el caso del Art. 137 del COGEP.

La solicitud de apremio personal de privación de libertad por incumplimiento de la obligación alimenticia debe concederse previo a una audiencia, misma que según establece el COGEP se desarrollará en el término de 10 días, en donde el alimentante deberá justificar:

1. No tener actividad laboral ni tener recursos económicos o,
2. Ser una persona discapacitada o,
3. Poseer una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le imposibilite realizar actividades laborales.

Si el alimentante no comparece a la audiencia de incumplimiento de pago o no logra justificar estar incurso en una de las tres circunstancias mencionadas, el juez de familia emitirá de manera inmediata la boleta de apremio personal total.



Caso contrario, si logra justificar estar incurso en una de las tres circunstancias mencionadas, el alimentante podría acceder a un acuerdo de pago mismo que será aprobado por el juez de familia.

Aprobado el acuerdo de pago, puede que el mismo no se llegue a cumplir, en este caso, el juez dispondrá el apremio parcial<sup>17</sup>, apremios reales, el cumplimiento de la obligación por parte de los obligados subsidiarios. Y, de ser necesario, el uso de dispositivo de vigilancia electrónico (brazalete).

De manera regular se llega a acuerdos, sin embargo, según datos del análisis realizado a través de las encuestas, estos no se cumplen a plenitud y de esta manera se vulnera el interés superior del niño, si sabemos que el representante legal del niño busca la asistencia del sistema judicial a fin de cubrir las necesidades de educación, salud, alimentación, vestimenta, todos estos derechos se ven soslayados cuando el juez acepta un acuerdo de pago sin que exista una garantía de por medio.

### **3.5 Colisión de derechos constitucionales: el interés superior del niño vs derechos del alimentante**

Al momento de existir una confrontación de derechos constitucionales de la misma jerarquía tenemos que identificar los sujetos que intervienen, en este caso específico son niños, niñas y adolescentes frente a los obligados principales a prestar alimentos, para lo cual el inciso primero del Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador consagra principios constitucionales que son los pilares fundamentales que deben tomarse

---

<sup>17</sup> El apremio parcial consiste en la privación de la libertad entre las 22H00 de cada día hasta las 06H00 del siguiente día por treinta días, excepto cuando el alimentante logre justificar que realiza actividades laborales en el horario mencionado por lo tanto el juez deberá establecer el horario aplicable que deberá cumplir de 8 horas. En caso de reincidencia en el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias o del apremio parcial el juez de familia ordenará el apremio personal total de privación de libertad.



en cuenta para tomar decisiones y garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Estos principios son tres: principio de interés superior del niño, niña y adolescente, principio de trato prioritario y el principio de corresponsabilidad del Estado, Familia y Sociedad que tienen que guardar estrecha relación con el inciso 2 del Art. 66 de la Carta Magna.

En el mundo jurídico es frecuente la colisión de derechos fundamentales, aun encontrándose dentro del mismo cuerpo legal, con la misma jerarquía, temporalidad y especialidad, debido a que los mismos no son absolutos sino más bien relativos, así su tutela encuentra un límite en la tutela de otro derecho también fundamental.

Con total convicción lo afirma el profesor NORBERTO BOBBIO “son bien pocos los derechos considerados fundamentales que no se encuentran en concurrencia con otros derechos considerados también como fundamentales, y que no impongan, por tanto, en ciertas situaciones y respecto a particulares categorías de destinatarios, una elección...” (BOBBIO, 2003)

Estas contradicciones entre pares de derechos no pueden ser resueltas mediante el criterio clásico de solución de antinomias, en este caso se debe recurrir a la técnica jurídica apta para resolver esta tensión, esto es el juicio de ponderación.

Es menester recordar que estas antinomias pueden ser de dos clases:

- Antinomias en abstracto, en este caso existen normas cuyos presupuestos se contradicen, dando lugar a una incompatibilidad al momento de su concurrencia, por ejemplo las normas que autorizan la realización de huelgas y otras normas que prohíben la paralización de servicios públicos. De esta forma, sin necesidad de que se presente un caso concreto, a prima facie existe una contradicción entre estas leyes, o bien una de ellas es inválida o bien constituye

una regla general que debe ceder ante la existencia de una excepción. Estas antinomias son resueltas mediante los criterios clásicos para solucionar contradicciones normativas como son el criterio jerárquico, cronológico, de especialidad.

- Antinomias en concreto, aquí las contradicciones no se reflejan a prima facie, estamos frente a normas que son completamente válidas y coherentes, pero que pueden eventualmente entrar en colisión y solo cuando estemos en un caso en concreto se podría recién evidenciar dicha contradicción, teniendo que aplicar una de ellas mediante una justificación razonable y proporcional. Estas antinomias no pueden resolverse mediante los criterios tradicionales, ya que las mismas se presentan frecuentemente en las colisiones entre principios; respecto de estos principios no cabe aplicar el criterio jerárquico ni cronológico debido al rango igualitario que ellos poseen, tampoco se puede aplicar el criterio de especialidad, como indica BAQUERIZO MINUCHE: “...tampoco es eficaz el criterio de especialidad, puesto que los principios en sentido estricto carecen de condición de aplicación o, si la tuvieran, su configuración es tan abierta o fragmentada que no es posible determinar una regla de excepción permanente que pueda conciliarse en una relación de especialidad”. Consecuentemente, para solucionar dichas antinomias, es necesario aplicar un criterio distinto, esto es, la ponderación, mediante la cual lo que se busca es o bien la victoria circunstancial de un principio o el establecimiento de una regla específica que busque la satisfacción de ambos principios, pero siempre partiendo del análisis del caso específico.

Como ya se estableció, a fin de solucionar esta antinomia se debe recurrir al juicio de ponderación, mismo que implica balancear los principios involucrados



en el caso concreto para determinar cuál de ellos prevalecerá, sin que se altere su permanencia en el ámbito jurídico, ya que la finalidad no es obtener la declaratoria de invalidez sino encontrar un orden de preferencia de dichos principios en el caso en concreto. Como sostiene Prieto Sanchís (2003)

El resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino procurase la más liviana lesión de ambos. (p.192)

Así, esta ponderación corresponde a una argumentación moral del juzgador, ya que generalmente se obtiene de un juicio de valor, por excelencia discrecional, sin llegar a confundir con la arbitrariedad, ya que existe una metodología bien definida por la jurisprudencia y la doctrina.

En el caso que nos corresponde, tenemos por una parte al Interés Superior del Niño que comprende derechos como el derecho a la vida, a la educación, a la salud, a la vivienda, a la recreación, entre otros; que a primera vista no se contradice con ningún otro principio, y tenemos también al principio de libertad ambulatoria del alimentante que tampoco se contradice con otros principios, en este caso, ambos principios son completamente válidos, sin embargo, eventualmente entran en conflicto cuando el alimentante no cumple su obligación, vulnerando de esta manera el interés superior del niño y al mismo tiempo aplicándosele las medidas de apremio correspondientes. Teniendo en consideración el análisis realizado a lo largo de esta investigación, consideramos que debe primar siempre el interés superior del niño frente a otros





principios, teniendo en cuenta que se trata de un grupo de atención prioritaria cuyos derechos deben ser precautelados y garantizados de manera primordial.

### **ANÁLISIS ESTADÍSTICO**

La presente investigación tiene también una metodología cuantitativa, ya que a través de la técnica del muestreo se obtendrán datos que serán sometidos a un análisis estadístico

a fin de determinar cuáles han sido las consecuencias prácticas derivadas de la implementación de la Resolución 012 – 17 emitida por la Corte Constitucional, se indagará entre otras cosas, si el nuevo procedimiento protege o vulnera el interés superior del niño.

### **Fórmula y cálculo de la muestra**

Teniendo en consideración que la población se define como la totalidad del fenómeno que se va a estudiar, en nuestro caso, la misma está representada por los abogados registrados en el Foro de Abogados del Azuay, lo que equivale a 3.500 profesionales del derecho. Esta población es bastante significativa, además que se encuentra distribuida en toda la provincia del Azuay, por lo tanto es necesario la utilización de una muestra. La muestra se define como, el grupo de individuos que se toman de la población para analizar un fenómeno estadístico; la muestra es necesaria a fin de que los datos que se obtienen sean representativos de ese universo, en este caso es necesario calcular la muestra mediante utilización de la siguiente fórmula:

$$n = \frac{(Z)^2 (P) (Q) (N)}{(Z)^2 (P) (Q) + (N-1) (E)^2}$$

En Donde:

n= Muestra

N=3.500 (Total de la Población)

Z=1,65 (90 % de nivel de Confianza)

E=0,10 (10% de Error Admisible)

P=0,5 (Probabilidad de Fracaso)

Q= 0,5 (50 % de Área Complementaria bajo la curva)



Aplicando la formula.

$$n = (1,65)^2 (0,5) (0,5) (3.500) / (1,65)^2(0,5) (0,5) + (3500-1) (0,10)^2 =$$

$$n = (0,6806) (3.500) / (0,6806) + (3449) (0.01) =$$

$$n = (2382,1) / (0,6806) + (34.49) =$$

$$n = 2382,1 / 35,17$$

$$n = 68$$

Aplicada la fórmula se trabajará con una muestra compuesta por 68 profesionales del derecho, entre ellos jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Cuenca, y abogados en libre ejercicio, registrados en el Foro de Abogados del Azuay.

### **Nivel de confianza y error de la muestra**

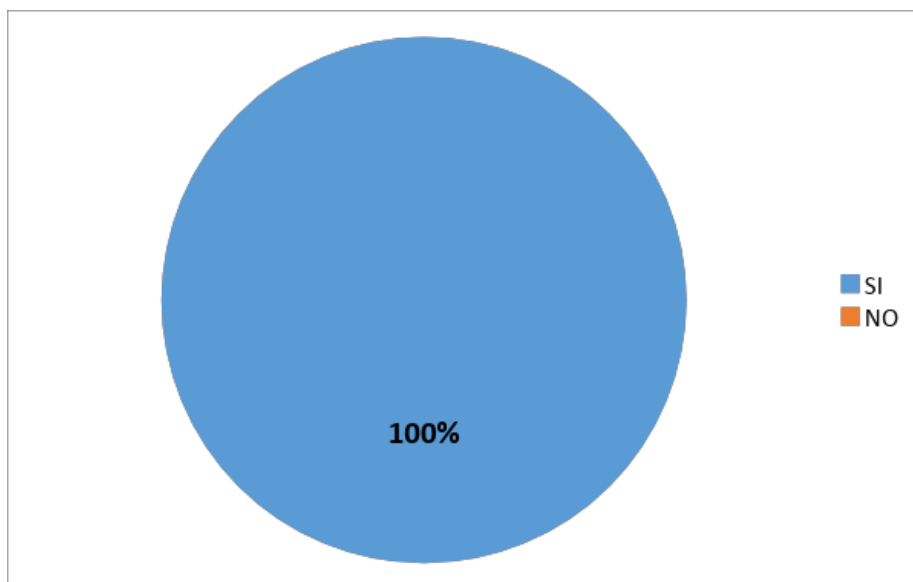
Es importante referirnos al nivel de confianza y error que puede tener la muestra, si sabemos que el nivel de confianza nos demuestra la probabilidad de que los resultados de nuestra investigación sean ciertos, la diferencia estará constituida por la probabilidad de equivocación, es decir en qué porcentaje nuestra investigación se aleja de los valores que se hubiesen obtenido a través de una encuesta dirigida a la totalidad de la población.

Con la muestra elegida de 68 profesionales del derecho, obtenemos un nivel de confianza del 90% y un margen de error de + - 10%.

## **ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS**

### **1. ¿Conoce usted cuales son los grupos de atención prioritaria?**

Pregunta 1	Frecuencia	Porcentaje
SI	68	100%
NO	0	0%
Total	68	100%

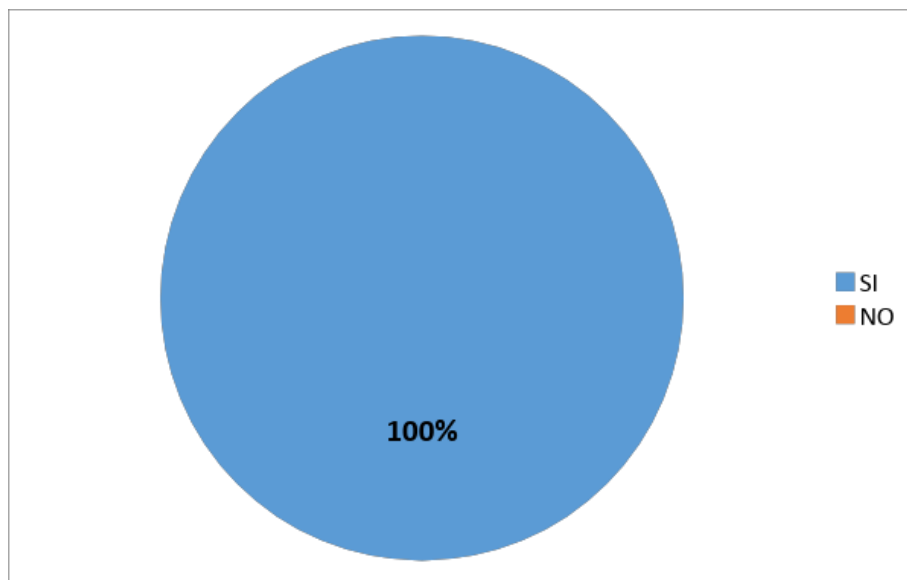


### Interpretación de los datos

En la primera interrogante del catálogo de la encuesta realizada a los profesionales en Derecho registrados en el Foro de Abogados del Azuay, se desprende que los 68 abogados, mismos que equivalen al 100% de la muestra, conocen cuales son los grupos de atención prioritaria, además, la mayoría de ellos reconocen a los niños, niñas y adolescentes como un grupo de atención prioritaria.

### 2. ¿Conoce usted a que se refiere el principio del Interés Superior del Niño?

Pregunta 2	Frecuencia	Porcentaje
SI	68	100,00%
NO	0	0,00%
Total	68	100%

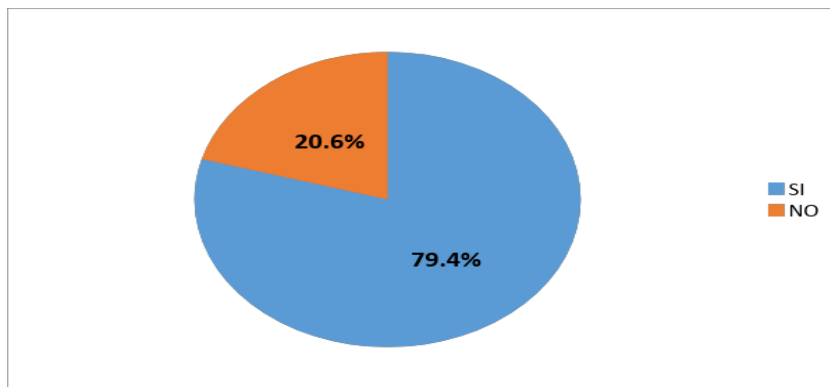


### Interpretación de los datos

En la segunda interrogante del catálogo de la encuesta realizada a los profesionales en Derecho registrados en el Foro de Abogados del Azuay, se desprende que los 68 abogados, mismos que equivalen al 100% de la muestra, conocen a que se refiere el principio del interés superior del niño; además concuerdan que el mismo, a través de las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas, busca proteger, garantizar, privilegiar, velar, satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de derechos de niños, niñas y adolescentes para una vida digna y un desarrollo integral.

**3. ¿Considera usted, que el procedimiento respecto del apremio personal, establecido según la Resolución N.º 012-17-SIN-CC, beneficia al deudor de las pensiones de alimentos?**

Pregunta 3	Frecuencia	Porcentaje
SI	54	79,4%
NO	14	20,6%
Total	68	100%

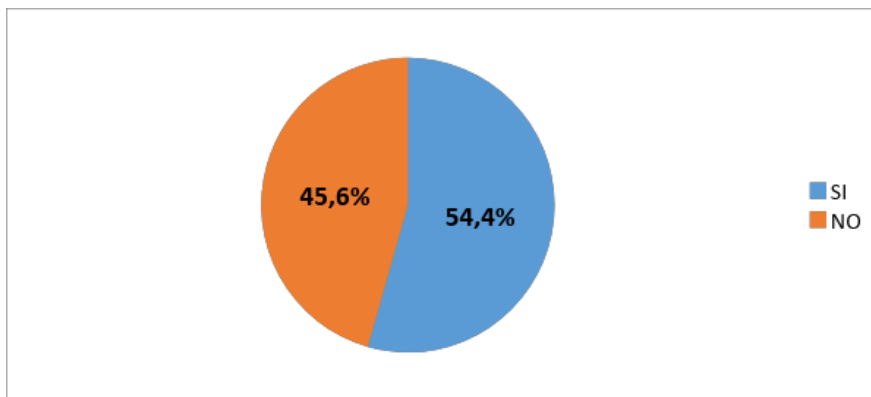


### Interpretación de los datos

En la tercera interrogante del catálogo de la encuesta realizada a los profesionales en Derecho registrados en el Foro de Abogados del Azuay, se desprende que 58 abogados, mismos que equivalen al 79.4% de la muestra, consideran que el procedimiento que trae la Resolución N.º 012-17-SIN-CC beneficia al deudor de alimentos porque permite justificar la razón de no pago de las pensiones alimenticias y a su vez llegar a un acuerdo de pago, así evitando ir a prisión. Sin embargo, 14 profesionales en Derecho que corresponden al 20.6 % de la muestra, aducen que es obligación del deudor justificar el no pago de lo adeudado para acceder a una fórmula de pago.

**4. ¿Considera usted que el procedimiento respecto del apremio personal, establecido en la Resolución N.º 012-17-SIN-CC, vulnera el principio del Interés Superior del Niño?**

Pregunta 4	Frecuencia	Porcentaje
SI	37	54,4%
NO	31	45,6%
Total	68	100%

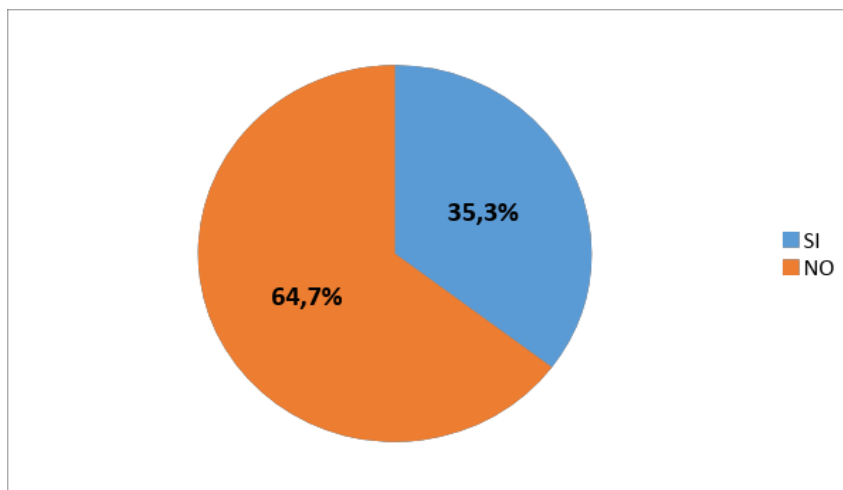


#### **Interpretación de los datos**

En la cuarta interrogante del catálogo de la encuesta realizada a los profesionales en Derecho registrados en el Foro de Abogados del Azuay, se desprende que 37 abogados, mismos que equivalen al 54,4% de la muestra, manifiestan una inconformidad en cuanto al procedimiento de apremio personal que establece la Resolución N.º 012-17-SIN-CC ya que sostienen que se vulnera el principio del Interés Superior del Niño debido que los derechos del niño, niña y adolescente son postergados para priorizar los derechos del alimentante, es decir, se dificulta el cobro. Mientras, 31 abogados que corresponde al 45,6 % manifiestan que es un procedimiento garantista en donde se pondera el derecho del niño a una vida digna y el derecho a la libertad del alimentante.

**5. ¿Considera usted que los acuerdos de pagos que se establecen en materia de alimentos, según la Resolución N.º 012-17-SIN-CC, son efectivos?**

Pregunta 5	Frecuencia	Porcentaje
SI	24	35,3%
NO	44	64,7%
Total	68	100%



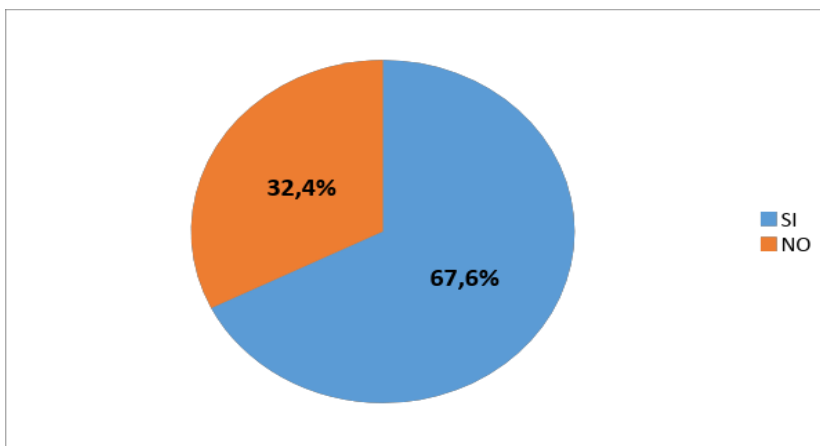
### Interpretación de los datos

En la quinta interrogante del catálogo de la encuesta realizada a los profesionales en Derecho registrados en el Foro de Abogados del Azuay, se desprende que 24 abogados, mismos que equivale al 35,3% de la muestra, manifiestan que los acuerdos de pago son efectivos porque se acomodan a las condiciones socioeconómicas de los alimentantes y al momento de incumplir se continuará con la aplicación de otras medidas. Por otra parte, 44 abogados que corresponde al 64,7% de la muestra, consideran que los acuerdos de pagos no se cumplen, se acceden a ellos para evitar la emisión de la boleta de apremio y además les facilitan ocultarse a fin de evadir dicha obligación.



**6. ¿Considera usted que el procedimiento respecto del apremio personal, establecido según la Resolución N.º 012-17-SIN-CC, debería modificarse a fin de garantizar el derecho de alimentos del niño, niña y adolescente?**

Pregunta 6	Frecuencia	Porcentaje
SI	46	67,6%
NO	22	32,4%
Total	68	100%

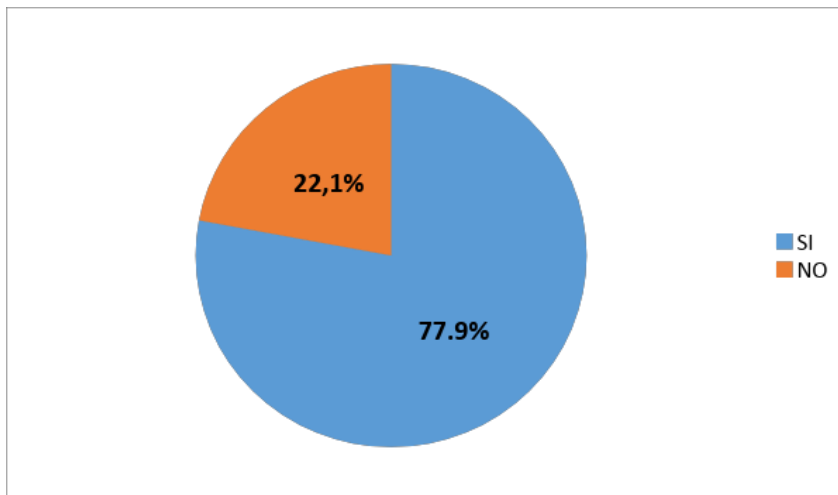


### **Interpretación de los datos**

En la sexta interrogante del catálogo de la encuesta realizada a los profesionales en Derecho registrados en el Foro de Abogados del Azuay, se contabiliza que 46 abogados, mismos que equivalen al 67,6% de la muestra, sostienen que si se debería modificar el procedimiento del apremio personal, y de esta forma la audiencia por incumplimiento de pago debería ser solicitada por el alimentante, luego de que se haya hecho efectiva la boleta de apremio. Mientras, 22 abogados que corresponde al 32,4% de la muestra, sostienen que no debería modificarse el procedimiento establecido en la Resolución N.º 012-17-SIN-CC.

**7. ¿Considera usted que es necesario que se fije un porcentaje, del total de la deuda, que debería ser cancelado por el alimentante, a fin de acceder a un acuerdo de pago?**

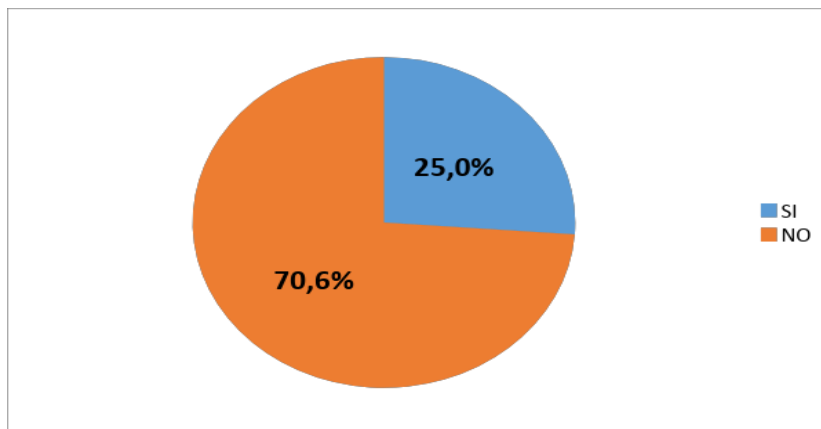
Pregunta 7	Frecuencia	Porcentaje
SI	53	77,9%
NO	15	22,1%
Total	68	100%



En la séptima interrogante del catálogo de la encuesta realizada a los profesionales en Derecho registrados en el Foro de Abogados del Azuay, se obtuvo que 53 abogados que representan el 77,9% de la muestra, sostienen que si sería necesario fijar un porcentaje del total de la deuda que debería ser cancelado con antelación, porque así se aseguraría el pleno cumplimiento de estos acuerdos de pago. Mientras, tanto 15 abogados que equivale al 22,1% respondieron que al fijar un porcentaje se desnaturaliza el fin que tiene la fórmula de pago.

**8. Considera usted que los cambios introducidos por la Resolución N.º 012-17-SIN-CC para el cumplimiento la obligación alimenticia a favor de los niños, niñas y adolescentes ¿han sido eficaces?**

Pregunta 8	Frecuencia	Porcentaje
SI	17	25,0%
NO	48	70,6%
Total	65	96%



En la octava y última interrogante del catálogo de la encuesta realizada a los profesionales en Derecho registrados en el Foro de Abogados del Azuay, se constata que 17 abogados que corresponde al 25,0% sostiene que las medidas introducidas por la Resolución N.º 012-17-SIN-CC, son eficaces debido a que el alimentante paga en cuotas lo adeudado y continúa con sus labores cotidianas sin estar privado de la libertad. Mientras 48 abogados, mismos que representa el 70,6% de la muestra, respondieron que no han sido efectivos porque no existen garantías en los acuerdos y además el procedimiento es complicado. Sin embargo, existieron 3 encuestados que equivale al 4,4% que se abstuvieron de responder sin antes tener estadísticas.



## **INTERPRETACIÓN GENERAL DE LOS RESULTADOS**

El presente trabajo investigativo se realizó a 68 profesionales del derecho registrados en el Foro de Abogados de la Provincia del Azuay; entre ellos jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Cuenca, y abogados en libre ejercicio, teniendo en consideración que son ellos quienes se encuentran incursos a diario en estas causas consideramos que sus criterios son los más óptimos a fin de conocer la implicancia práctica que la Resolución 012-17 ha tenido en los alimentantes y beneficiarios de este derecho, para de esta manera poder establecer conclusiones y recomendaciones que se adecuen a la realidad actual en la que nos encontramos.

Con los datos obtenidos a través de las encuestas podemos concluir que la totalidad de los profesionales del derecho tienen conocimiento respecto de temas bases de esta investigación, como es el hecho de que los niños, niñas y adolescentes forman parte de los grupos de atención prioritaria; reconocen además la existencia e importancia del principio del interés superior del niño, mismo que se encuentra reconocido en la Constitución y en Tratados Internacionales, así nos demuestran los resultados de la primera y segunda pregunta.

Los resultados de las siguientes preguntas nos demuestran que los profesionales del derecho consideran que los acuerdos de pago le benefician únicamente al deudor, ya que al justificar la razón de su incumplimiento puede acceder a un acuerdo de pago, sin embargo, estos acuerdos, a criterio de la mayoría de profesionales del derecho generalmente no se cumplen resultando ineficaces, generando mayor carga procesal ya que frente al incumplimiento del alimentante se tendrá que dictar órdenes de apremio total o parcial, todo esto conlleva a vulnerar el principio del interés superior del niño, al no



contar con recursos económicos para satisfacer sus necesidades urgentes, mismas que le obligaron a iniciar un proceso a fin de acceder a dichos recursos.

Es necesario, tener en consideración que el Consejo de la Judicatura no tiene un registro estadístico respecto de la cantidad de acuerdos de pago a los que se llegan en las audiencias por incumplimiento.

## CONCLUSIONES

Los niños, niñas y adolescentes se encuentran reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador como grupo de atención prioritaria, ya que en atención a sus condiciones de vulnerabilidad requieren una protección especial; y es por esta misma razón que sus derechos y garantías se encuentran amparados por el principio del interés superior del niño, en virtud del cual se busca proteger y garantizar estos derechos frente a los de las demás personas a fin de lograr su desarrollo integral.

Debemos entender el derecho a alimentos como un derecho fundamental para lograr el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, ya que el mismo se traduce en auxilios económicos que se brindan para que ellos puedan satisfacer sus necesidades básicas. Lo ideal sería que los progenitores o los obligados subsidiarios cumplan esta obligación a cabalidad y en el momento oportuno, sin embargo la realidad nos demuestra que esto no sucede y es ahí en donde toma lugar el derecho a fin de regular la forma a través de la cual los beneficiarios de alimentos pueden obtener estos recursos.

En mayo del 2017 la Corte Constitucional del Ecuador emitió la Resolución 012-17 a través de la cual se regulan temas trascendentales en el ámbito del derecho de alimentos, mismos que fueron objetos de fuertes críticas por varios colectivos del país, como era la prohibición de salida del país para los obligados subsidiarios, declarándolo inconstitucional por no cumplir con los requisitos del test de proporcionalidad, lo cual a nuestro criterio está por demás acertado.

Sin embargo, se introduce también un nuevo procedimiento para el apremio personal y se establecen medidas innovadoras alternativas al mismo, como son la fórmula de pago, y el apremio parcial. En base a los resultados de la investigación realizada, podemos



concluir que, a un año de su aplicación estas modificaciones no han alcanzado los resultados que esperaban, y es que los acuerdos de pago, al no tener una garantía, no se cumplen a plenitud, generando mayor carga procesal a los juzgadores a fin de resolver lo pertinente respecto de los incumplimientos de los alimentantes y lo más importante vulnerando el interés superior del niño ya que los alimentados no pueden acceder a los recursos económicos de manera oportuna.



## RECOMENDACIONES

Teniendo en consideración que es de vital importancia precautelar los derechos tanto de los alimentantes como de los alimentados, consideramos pertinente que se reforme la regulación del apremio personal que se ha establecido en virtud de la Resolución 012-17 emitida por la Corte Constitucional, misma que en base a la investigación realizada en este trabajo, se ha podido concluir que vulnera el principio del interés superior del niño. Así, el COGEP debería regular expresamente que, para que el juzgador apruebe la propuesta de acuerdo de pago por parte del alimentante, el mismo debe otorgar algún tipo de garantía ya sea esta real, personal o bancaria, de esta manera se precautelaré el interés superior del niño, ya que el beneficiario de los alimentos contará con recursos de manera inmediata para satisfacer sus necesidades urgentes hasta que se cubra la totalidad de la deuda; y se continuaría beneficiando al alimentante al brindarle alternativas al apremio personal.

Si bien el COGEP regula que la audiencia por incumplimiento de pago se realizará en un término de 10 días, no indica de manera expresa desde cuándo empezará a correr dicho término, si es, desde la notificación a la casilla judicial o desde que se realiza la notificación de manera personal. Consideramos que es necesario que se regule este aspecto debido a que queda a discrecionalidad de los juzgadores, mismos que tienen una interpretación diversa de cómo realizarla.





## PROPUESTA EN TORNO AL TEMA

Como se ha evidenciado a través de este trabajo de investigación, el apremio personal como se encuentra establecido actualmente en el Art. 137 del Código Orgánico General de Procesos, vulnera los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al no ser efectivo para garantizar el cumplimiento de la obligación, razón por la cual se justifica una reforma.

Entonces, a fin de asegurar el pago de las pensiones alimenticias se podría ampliar el procedimiento de la resolución, generando una garantía de pago teniendo como base el número de pensiones atrasadas, así:

1. Si el alimentante se encuentra impago en hasta tres pensiones alimenticias se procederá a realizar un acuerdo directo entre las partes y con cualquier tipo de garantía.
2. Si el alimentante se encuentra impago, de seis a doce pensiones alimenticias, se accederá a la fórmula de pago, pero brindando una garantía bancaria o compromiso de descuento directo de su empleador.
3. Si el alimentante se encuentra impago, de doce pensiones alimenticias en adelante, se accederá a la fórmula de pago siempre que se brinde garantía personal o real.

Al realizar dichas reformas se beneficiará no únicamente al alimentante, garantizándole el derecho a la libertad ambulatoria y el derecho al trabajo a fin de que pueda tener oportunidad laborales y cumplir su obligación; también se garantizará el cobro de las pensiones alimenticias, precautelando el derecho a una vida digna y desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, como vemos, dadas estas razones, las reformas planteadas responden a una necesidad urgente y trascendental. En definitiva, al llegar a acuerdos de pago con garantías que respalden su cumplimiento, lo que se



estaría haciendo es precautelando el pleno cumplimiento del principio del interés superior del niño.

Es necesario mencionar que, coincidiendo con nuestras ideas, de que la Resolución 012-17 emitida por la Corte Constitucional presenta algunas falencias en su aplicación, el pleno de la Asamblea Nacional aprobó cambios respecto del apremio personal en materia de alimentos, aún esperando el pronunciamiento por parte del Ejecutivo, así:

1. Quien solicitara la audiencia para establecer la fórmula de pago será el obligado a prestar alimentos. En el caso de no ser aprobado el acuerdo se dispondrá de manera inmediata el apremio personal total por 30 días y en caso de reincidencia por 90 días y por un máximo de 180 días.
2. La boleta de apremio será librada por el juzgador previo constatar que se encuentra vencida la obligación alimenticia.
3. La vigencia de la boleta de apremio será de 6 meses desde que fue librada por la autoridad judicial.

Se determina que al obligado que incumpla el pago de dos o más pensiones de alimentos se le ordenará el apremio personal total por treinta días y la prohibición de salida del país. Una vez ejecutada la boleta, a petición del obligado, se convocará a una audiencia a fin de que se proponga una fórmula de pago.

El proyecto establece, además, que de no aprobar el acuerdo, en la misma audiencia, se dispondrá el apremio total o apremio parcial y las medidas que considere necesarias.

## **BIBLIOGRAFÍA**



- AGUILAR LLANO, B. (1998). ¿Un nuevo derecho para los niños y adolescentes?
- AGUILAR, G. (2008). El principio del interés superior de los niños y niñas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales,
- ALBAN ESCOBAR, F. (2012). Derecho de la Niñez y Adolescencia. Quito.
- Alburquerque, J. (2016). ASPECTOS DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS EN DERECHO ROMANO: ESPECIAL REFERENCIA A LA RECIPROCIDAD ENTRE PADRE E HIJO, ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES. Obtenido de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6105/6568>
- Alquinga, N. (2015). Medida alternativa al apremio personal por primera vez por el no pago de pensiones alimenticias en mora. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/10564/1/T-UCE-0013-Ab-88.pdf>
- Auz, A. (2016). El derecho y su aplicación en el campo social y jurídico. Obtenido de <http://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/1824/5/76327.pdf>
- BOBBIO, N. (2003). Los derechos en juego. Madrid: Tecnos.
- BORDA, G. (1959). Manual de Obligaciones. Buenos Aires: Ed.Perrot.
- Cabanellas, G. (2015). Diccionario Jurídico. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina34261.pdf>
- Cabezas, E. (2016). ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA DE LOS OBLIGADOS SUBSIDIARIOS DENTRO DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/7217/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-MD-93.pdf>



Castillo, W. (2015). La medida cautelar del apremio no garantiza el pago de las pensiones alimenticias dejando en la desprotección a los menores que reciben una pensión alimenticia. Obtenido de <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/8462/1/Wilmer%20Emilio%20Castillo%20C%C3%B3rdova.pdf>

CILLERO BUÑOL, M. (2008). Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención de los derechos del niño a las legislaciones integrales. Quito: Jurídica Cevallos.

Cillero, M. (2013). El interés superior del niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Obtenido de [http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf)

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. (2014). Obtenido de [https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo\\_ninezyadolescencia.pdf](https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf)

Código Orgánico General de Procesos. (2015). Obtenido de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Montecristi.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Obtenido de [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. (1869).

Corte Constitucional del Ecuador. (2015). Obtenido de [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2015/320-15-SEP-CC/REL\\_RESOLUCIÓN\\_320-15-SEP-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2015/320-15-SEP-CC/REL_RESOLUCIÓN_320-15-SEP-CC.pdf)



CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (01 de septiembre de 2011). Resolución del Pleno No.021-11-SEP-CC.

Cunguán, D. (2016). Argumentación jurídica sobre la necesidad de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en acumulación de pensiones alimenticias.

Obtenido de

<http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/3583/1/TUTAB004->

2016.pdf

DE RUGGIERO. (s.f.). Alimenti.

Declaración de los Derechos del Niño. (1924).

Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Obtenido de

[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948).

GARAY MOLINA, A. (2004). DEL MODELO TUTELAR AL MODELO DE RESPONSABILIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO<sup>1</sup>.

García, E. (1994). Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral. Santa Fé de Bogotá: Forum Pacis.

Guías jurídicas. (2015). Obtenido de

[http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjY0NTtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAYLzqUTUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjY0NTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAYLzqUTUAAAA=WKE)

JOSSERAND, L. (1950). Derecho Civil.

LARREA HOLGUIN, J. (1983). Manual de Derecho Civil. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.



- Paiva, M., & Abajo, V. (2016). Derecho a la Alimentación. Obtenido de <http://www.fmed.uba.ar/depto/edunutri/2016derechoalaalimentacion.pdf>
- Paredes, L. (2017). LA OBLIGACIÓN DE PENSIONES ALIMENTICIAS ADICIONALES Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS ALIMENTANTES. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/8044/1/PIUAMCO042-2018.pdf>
- PÉREZ, A. (1997). La situación del jurídica del menor en la ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras. Actualidad civil.
- Pérez, K. (2015). Determinación de las buenas prácticas judiciales para la fijación de una adecuada pensión alimenticia en la Jurisdicción de Quito. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/10531/1/T-UCE-0013-Ab-80.pdf>
- Proaño, M. (2014). Análisis jurídico de los marcos sustantivo y adjetivo de la pensión alimenticia a favor de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador”. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3486/1/T-UCE-0013-Ab-209.pdf>
- Punina, G. (2014). El pago de la pensión alimenticia y el interés superior del alimentado. Obtenido de [repo.uta.edu.ec/bitstream/123456789/8736/1/FJCS-DE-763.pdf](http://repo.uta.edu.ec/bitstream/123456789/8736/1/FJCS-DE-763.pdf)
- SIMON CAMPAÑA, F. (2008). Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Suarez, G. (2014). La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo. Obtenido de



[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552014000100005](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552014000100005)

Vázquez, F. (2010). ANALISIS DEL ARTICULO INNUMERADO 5 DE LA LEY REFORMATORIA AL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN RELACION A LOS OBLIGADOS SUBSIDIARIOS DE LA TERCERA.

Obtenido de

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/3370/1/TESIS.pdf>

VELA SANCHEZ, A. (s.f.). El interés superior del menor.

Yanbay, M. (2015). Mora en el pago de pensión alimenticia como causal de divorcio.

Obtenido de

<http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/468/1/TUAMDPCIV018-2015.pdf>

ZABALA, S. (1976). Derecho de alimentos. Quito: Universidad Central del Ecuador.

ZERMATTEN, J. (2003). El interés superior del niño: del análisis al alcance filosófico.



## ANEXOS

**UNIVERSIDAD DE CUENCA**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

Fecha: \_\_\_\_\_

Objetivo: Determinar si la resolución N.º 012-17-SIN-CC emitida por la Corte Constitucional, ¿protege o vulnera el interés superior del niño, niña o adolescente?

1. ¿Conoce usted cuales son los grupos de atención prioritaria?

Si ( )

No ( )

Mencione dos: \_\_\_\_\_

2. ¿Conoce usted a que se refiere el principio del Interés Superior del Niño?

Si ( )

No ( )

Explique brevemente: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

3. ¿Considera usted, que el procedimiento respecto del apremio personal, establecido según la Resolución N.º 012-17-SIN-CC, beneficia al deudor de las pensiones de alimentos?

Si ( )

No ( )

Explique brevemente: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

4. ¿Considera usted que el procedimiento respecto del apremio personal, establecido en la Resolución N.º 012-17-SIN-CC, vulnera el principio del Interés Superior del Niño?

Si ( )

No ( )

Explique brevemente: \_\_\_\_\_





---

5. ¿Considera usted que los acuerdos de pagos que se establecen en materia de alimentos, según la Resolución N.º 012-17-SIN-CC, son efectivos?

Si ( ) No ( )

Explique brevemente:\_\_\_\_\_

---

6. ¿Considera usted que el procedimiento respecto del apremio personal, establecido según la Resolución N.º 012-17-SIN-CC, debería modificarse a fin de garantizar el derecho de alimentos al niño, niña o adolescente?

Si ( ) No ( )

Explique brevemente:\_\_\_\_\_

---

7. ¿Considera usted que es necesario que se fije un porcentaje, del total de la deuda, que debería ser cancelado por el alimentante, a fin de acceder a un acuerdo de pago?

Si ( ) No ( )

Explique brevemente:\_\_\_\_\_

---

8. Considera usted que los cambios introducidos por la Resolución N.º 012-17-SIN-CC para el cumplimiento la obligación alimenticia a favor de los niños, niñas y adolescentes ¿han sido eficaces?



Si ( )                      No ( )

Explique brevemente: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_